

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

RAMMON DE ANDRADRE SILVA

**A MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO JUDICIAL COMO UMA
INTERFACE ENTRE A EVOLUÇÃO DA INTERPRETAÇÃO E A NOÇÃO DE
SEGURANÇA JURÍDICA: UMA TÉCNICA DE PACIFICAÇÃO SOCIAL.**

**São Cristóvão
2018**

RAMMON DE ANDRADE SILVA

**A MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO JUDICIAL COMO UMA
INTERFACE ENTRE A EVOLUÇÃO DA INTERPRETAÇÃO E A NOÇÃO DE
SEGURANÇA JURÍDICA: UMA TÉCNICA DE PACIFICAÇÃO SOCIAL.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado,
na forma de monografia, à banca examinadora
do Curso de Direito da Universidade Federal de
Sergipe – UFS, sob a orientação do Prof. Dr.
Clóvis Marinho de Barros Falcão, como requisito
parcial à obtenção de Título de bacharel em
Direito.

São Cristóvão

2018

RAMMON DE ANDRADE SILVA

**A MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO JUDICIAL COMO UMA
INTERFACE ENTRE A EVOLUÇÃO DA INTERPRETAÇÃO E A NOÇÃO DE
SEGURANÇA JURÍDICA: UMA TÉCNICA DE PACIFICAÇÃO SOCIAL.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado,
na forma de monografia, à banca examinadora
do Curso de Direito da Universidade Federal de
Sergipe – UFS, sob a orientação do Prof. Dr.
Clóvis Marinho de Barros Falcão, como requisito
parcial à obtenção de Título de bacharel em
Direito.

BANCA EXAMINADORA

Aprovado em __/__/__

Prof. Dr. Clóvis Marinho de Barros Falcão

Prof.^a Ms. Agtta Christie Nunes Vasconcelos

Prof. Ms. José Afonso do Nascimento

RESUMO

O presente trabalho tem por missão defender a necessidade e a validade de flexibilizar a tradicional teoria dos efeitos nulificantes das decisões no contexto de verificação da constitucionalidade das leis. A qual servirá como uma técnica decisória a promover a pacificação social, ao mote de compatibilizar, realizar uma interface entre os elementos germinativos da sua exigibilidade, qual seja, a insofismável evolução da interpretação jurídica em fricção com a noção de segurança jurídica. Para tanto, descrevem-se estes elementos contraditórios, seus contornos, tendo por fim último: demonstrar da sua indispensabilidade à Ciência Jurídica. Primeiro, a evolução da interpretação jurídica e, por segundo, a segurança jurídica, ambas levantando seus fundamentos, razões de o serem. Ao percurso metodológico, foi realizada uma pesquisa bibliográfica do arcabouço teórico e prático envolto ao tema (livros, revistas, artigos, dissertações, teses – tanto em meio físico quanto em eletrônico). Fundamentar, assim, pela sua inerência e justificativa, como componentes do Direito. Por em cena que, diante desta disparidade, *a priori*, e contradição, e, por outras razões, é de se admitir a incognoscibilidade dos cidadãos quanto à produção jurisprudencial; é compreensível, seja por motivos extrínsecos e intrínsecos ao Direito, como exemplo, das intoxicações linguísticas e valores sociais. Por derradeiro, descreve-se a Modulação, com seus contornos, a fim de validá-la como uma acessória técnica decisionista, posta às mãos dos operadores do Direito. Na esteira do fundamento maior de que, além de permitir a evolução interpretativa, tem, ainda, o condão de preservar, minimamente, a legítima expectativa dos jurisdicionados na manutenção do direito posto. Promovendo, portanto, a segurança jurídica, tão almejada num Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Modulação dos efeitos; interpretação jurídica, segurança jurídica; constitucionalidade; nulidades; pacificação social.

RESUMEN

El presente trabajo tiene por misión defender la necesidad y la validez de flexibilizar la tradicional teoría de los efectos nulificantes de las decisiones en el contexto de verificación de la constitucionalidad de las leyes. La cual servirá como una técnica decisoria a promover la pacificación social, al mote de compatibilizar, realizar una interfaz entre los elementos germinativos de su exigibilidad, sea cual sea la insoportable evolución de la interpretación jurídica en fricción con la noción de seguridad jurídica. Para ello, se describen estos elementos contradictorios, sus contornos, con el fin último: demostrar de su indispensable a la Ciencia Jurídica. Primero, la evolución de la interpretación jurídica y, por segundo, la seguridad jurídica, ambas levantando sus fundamentos, razones de serlo. En el curso metodológico, se realizó una investigación bibliográfica del marco teórico y práctico envuelto en el tema (libros, revistas, artículos, disertaciones, tesis - tanto en medio físico y en electrónico). Fundamentar, así, por su inherencia y justificación, como componentes del Derecho. Por escena que, ante esta disparidad, a priori, y contradicción, y, por otras razones, es de admitir la incognoscibilidad de los ciudadanos en cuanto a la producción jurisprudencial; es comprensible, sea por motivos extrínsecos e intrínsecos al Derecho, como ejemplo, de las intoxicaciones lingüísticas y valores sociales. Por último, se describe la Modulación, con sus contornos, a fin de validarla como una accesoria técnica decisista, puesta a las manos de los operadores del Derecho. En la esencia del fundamento mayor de que, además de permitir la evolución interpretativa, tiene, aún, el condón de preservar, mínimamente, la legítima expectativa de los jurisdiccionales en el mantenimiento del derecho puesto. Promoviendo, por lo tanto, la seguridad jurídica, tan anhelada en un Estado Democrático de Derecho.

Palavras clave: Modulación de los efectos; interpretación jurídica, seguridad jurídica; constitucionalidad; nulidades; pacificación social.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

Art – Artigo

Arts – Artigos

BA – Bahia

CF – Constituição Federal

DF – Distrito Federal

DJ – Diário de Justiça

DJe – Diário de Justiça eletrônico

FGTS – Fundo de Garantia por Tempo de Serviço

LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

PA – Pará

RE – Recurso Extraordinário

RExt – Recurso Extraordinário

STF – Supremo Tribunal Federal

TST – Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. DA MUDANÇA NORMATIVA E INTERPRETATIVA DA CONSTITUIÇÃO	11
2.1 – Da Norma Fundamental	13
2.2 – Da mudança constitucional	15
2.3 – Alguns parâmetros limitativos da Mudança Constitucional	17
2.3.1 – Da mudança normativamente disciplinada	17
2.3.2 – Da mutação constitucional	20
2.3.3 – Novos parâmetros da Interpretação Constitucional	21
2.3.4 – Quando a subsunção não se mostra suficiente	27
3. A CIÊNCIA JURÍDICA COMO UM CONHECIMENTO MUTÁVEL	32
3.1 O que é interpretar?	39
3.2. Quem são os intérpretes?	44
3.3 O desafio do intérprete na “Era da Informação”	45
3.4 Um exemplo prático de interpretação jurídica	48
3.5 A jurisprudência como expressão prática da interpretação	62
3.6 Que verdade é a do tipo jurisprudencial	64
3.7 Das Intoxicações Linguísticas	68
4. O FENÔMENO DA SEGURANÇA JURÍDICA E SUAS IMPLICAÇÕES	77
4.1 O que se compreende por segurança jurídica	78
4.2. Seu alcance	79
4.3 Sua influência no comportamento dos jurisdicionados	82
4.4 A legítima expectativa da sua manutenção	84
5. A TÉCNICA DE MODULAÇÃO DOS EFEITOS DE UMA DECISÃO	88
5.1 Sua origem histórica	89
5.2 Origem na disciplina pátria	91
5.3 Algumas resistências	94
5.4 Em que consiste essa técnica	96
5.5 Interface entre polos opostos	102
6. CONCLUSÃO	104
6.1 Sua validade como elemento de compatibilização de interesses	104
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	107

1. INTRODUÇÃO

A ciência jurídica como elemento humano tem por princípio a busca da pacificação social. Procura assim corresponder às diversas conformatações dos fatos sociais e, para tanto, tem de evoluir no tempo e no espaço, sempre com o fim de responder às mais diversas indagações que lhes são propostas.

Essa missão está nas mãos dos operadores do direito, seja dos doutrinadores ou dos que diretamente movimentam a máquina do judiciário, dentre eles os advogados, juízes, promotores, etc.

Suas respostas aos mais diversos problemas que lhes são apresentados corporificam-se na jurisprudência, a qual corresponde justamente ao conjunto de decisões judiciais sobre os mais diversos temas jurídicos.

Assim, a jurisprudência, como produto do fenômeno interpretativo da regra, evolui no tempo e no espaço com a Ciência do Direito, o que lhe é intrínseco. Não há, portanto, entendimentos que estejam imunes às viradas interpretativas. Isso porque a verdade produzida no direito é do tipo consensual, a qual pode mudar, principalmente, decorrente de novas interpretações sobre temas que antes se tinham como pacificados. Tudo isso fruto da evolução social e das técnicas interpretativas.

A outro giro, não menos importante, no universo jurídico, há o conceito de segurança jurídica, que, em apertada síntese, corresponde à legítima expectativa de manutenção dos entendimentos já expressos pelas decisões judiciais e das disposições legais.

Dessa forma, temos um fenômeno também inerente ao universo jurídico, que consiste na estabilização da interpretação do direito em contraposição à mutação interpretativa, também, frise-se, inerente ao direito.

Dessa dualidade antagônica entre mutação da evolução interpretativa e segurança jurídica, faz-se necessário encontrar técnicas que busquem uma compatibilização entre os termos opostos.

Essa almejada compatibilização surge como resposta à técnica de modulação dos efeitos de uma decisão, uma importante alternativa de se tentar responder a interesses, em princípio, antagônicos dos jurisdicionados.

É o que será na presente exposição monográfica: a modulação dos efeitos da decisão judicial como interface de polos opostos – a mutação interpretativa e a segurança jurídica – como técnica de pacificação social.

Para tanto, a presente tese seguirá o roteiro de primeiro estabelecer os pressupostos de cada um dos elementos compositivos desta antagônica. Esclarecer sua gênese, sua conformação, quais às hipóteses da sua mutabilidade, sua correspondência com a prática e a teoria do Direito. Da possibilidade de sua supressão, e o que ela vem a representar à Ciência em tela. Seja na manifestação das normas Maiores, e, das infraconstitucionais.

Por seguinte, na mesma trilha, a noção do que venha a ser a segurança jurídica. O que ela gera, o que significa dentro do contexto jurídico, qual sua influência no comportamento dos jurisdicionados, da sua dispensabilidade.

Tudo isto, dentro de uma perspectiva moderna, ao analisar estes fenômenos à luz de novos paradigmas comunicacionais, tais como: do que se entende por verdade nos dias hodiernos, em conexão com a Pós-verdade. Bem como, conceituar o ato/fenômeno do que se entenda por interpretar, como um elemento de caráter pré-filosófico. E mais, uma breve alusão dos que estão responsáveis dessa tarefa, e o que isso pode nos dizer?

Outrossim, com a finalidade de lançar pressupostos à assimilação da complexidade e interdisciplinaridade da matéria. Como artifício hipotético da difícil cognição da paráfrase interpretativa pelos novos intérpretes jurídicos. A qual se materializa na jurisprudência, sendo esta mutável e que, com fortes razões, gera múltiplas esperanças nos seus destinatários, quanto à sua manutenção. Principalmente, nos casos de difícil resolução.

Por fechamento, como hipótese maior, discorre-se sobre a técnica da Modulação dos Efeitos da Sentença como aparato útil e necessário a compatibilizar a fricção intrínseca do Direito, repita-se: da mutação da interpretação *versus* a segurança jurídica.

Para tal mister, uma descrição sobre seus contornos mostra-se indispensável. Por isso, a presente tese enveredara-se pela sua origem história, sua inserção em Brasil, seus efeitos e razões de ser, para por fim, último: argumentar da sua validade como técnica decisória apta a realizar uma interface entre os elementos contrastantes em discussão.

Ao mote de, além de preservar a evolução da interpretação jurídica, contribuindo, portanto, à consecução de adaptabilidade do Direito às novas realidades, desafios; conferir, a outro giro, um mínimo de deferência à legítima expectativa dos

jurisdicionados na manutenção dos comandos, até então, tidos por constitucionais. Em contexto de confianças.

Confianças essas que, serviram de norte inicial e fio condutor ao desenvolvimento do problema ora solucionado. Posto que, fora com base na perspectiva interpretativa dos novos intérpretes, que todo o trabalho buscou metodologicamente se desenvolver. Seu problema é: Como compatibilizar a legítima expectativa pela manutenção das decisões jurídicas, em contraste com a inerente mutação interpretativa. Tendo em mente sua difícil cognoscibilidade pelos novos intérpretes. Onde, por conclusão, como já falado, a manipulação dos efeitos da sentença vem à solução.

No mais, como sucedâneo aos fins almejados, este trabalho se valera dos recursos de pesquisas bibliográficas (livros, revistas, artigos, monografias, teses de doutorado), disponíveis nos mais variados meios (físicos e eletrônicos), com o estudo das teses positivas e negativas à validade da Modulação, seja na doutrina pátria ou estrangeira. Da análise de casos concretos, em adição as mais plúrimas teorias. Da exposição de um caso concreto, por sorte de exemplificar e demonstrar a realização interpretativa, qual sua verdade e quais seus argumento-fundamentacionais. Para, por fim, após análise das fontes variadas, sustentar da validade da manipulação dos efeitos da sentença.

2. DA MUDANÇA NORMATIVA E INTERPRETATIVA DA CONSTITUIÇÃO

O ser humano, como ser “racional”, produz um saber que lhe é exclusivo. Este saber expressa-se de diversas modalidades, seja de forma metodológica, em que suas conclusões são verificáveis, ou de forma não metodológica em que, a princípio, não tem por base um método, como é o caso do senso comum¹.

Esse saber racional metodológico tem diversos conteúdos e características que os diferenciam dos demais, os quais estão dispostos nas ciências da natureza – como a física e a matemática –; nas ciências biológicas – como a medicina, a enfermagem, a biologia – e nas ciências humanas – como a economia, a história e o direito, a título de exemplo.

Pois bem, cada ramo do saber traz suas peculiaridades, seja no concernente aos seus métodos e seus objetos de análise, seja quanto aos objetivos almejados. Tem-se como consequência, à luz dessas particularidades, que cada ramo da ciência² tem uma “verdade” peculiar e sua própria linguagem.

Assim, por exemplo, as ciências da natureza têm uma verdade, ao menos sobre certos assuntos, passível de grande demonstrabilidade empírica. Utilizam-se aqui, com grande aceitação, os modelos matemáticos e físicos.

Já quanto a nossa ciência, a qual se insere no universo das Humanas (para ser mais exato no contexto das Ciências Sociais Aplicadas) tem-se também, em conformidade com seus pressupostos epistêmicos, uma verdade que lhe é específica. Essa singularidade advém, primordialmente, da necessidade de se construir um consenso quanto ao objeto da discussão jurídica. Disso se depreende que a produção do conhecimento, fruto da ciência jurídica, tem sua validade aferida não por métodos matemáticos ou biológicos demonstráveis empiricamente em laboratórios sob condições controladas, mas sim no consenso argumentativo dos operadores do direito.

¹ “Conjunto de ideias e opiniões que são aceitas pela maioria das pessoas de um grupo ou sociedade, geralmente impostas e desprovidas de valor crítico; consenso, senso habitual: comentários de senso comum”. Dicionário online de português. Disponível em: < <https://www.dicio.com.br/senso-comum/> > Acessado em: 12 de julho de 2018, às 22:16min.

² “Reunião dos saberes organizados obtidos por observação, pesquisa ou pela demonstração de certos acontecimentos, fatos, fenômenos, sendo sistematizados por métodos ou de maneira racional: as normas da ciência.” Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/ciencia/>>. Acessado em: 26 de abril de 2017, às 23h59 min.

Nessa pegada, o saber jurídico, ou seja, sua verdade, está disposta sobre um manto que lhe caracteriza em contornos específicos, especializando-se das demais verdades produzidas pelo homem racional. Não tendo assim, um “caráter de sistema lógico-matemático, (...)” (FERRAZ JUNIOR, 2001, p. 209).

Vale destacar que é neste contexto de compreensão da evolução, mutação da produção advinda da Ciência do Direito, em paralelismo com sua verdade, que se alinhavará em diante uma análise de alguns dos fenômenos ensejadores e modos de manifestação destes processos. Sendo que, de início, no presente, deter-se-á, por fim de explicar, a aclarar melhor a mutabilidade desta Ciência, à sua presença na seara da Constituição, haja vista sua significabilidade dentro do sistema legal.

Haja vista que a lei Fundamental é dotada de extrema importância e que, em razão disso e dentre outros fatores, seu estudo bem servirá aos debates aqui propostos. Logo, adverte-se que a mutação constitucional e sua interpretação serão não prescindíveis aos trabalhos aqui percorridos.

Isso porque, no processo histórico e interminável de manifestação dos poderes envoltos nas sociedades humanas, é de se admitir que, muito embora sua constante e interminável maleabilidade, a sedimentação da força tenha e venha cada vez mais, ao menos de modo abstrato e programático, expressa nas Cartas Constitucionais. Sendo, então, *ab initio*³, uma fonte de suma importância à compreensão da maleabilidade do Direito, tema este que será objeto de análise no momento oportuno, o qual, como já se sabe, integra um dos elementos gerais do Direito a ser analisado no presente trabalho.

Assim, fazer uma incursão no constitucionalismo será, espera-se aqui, de bom alvitre, principalmente, a fim de fixar a ideia de que: se a norma mais significativa seja passível e necessite se adaptar, conseqüentemente, admitir a elasticidade das demais parece ser mais apazível aos olhos dos que diretamente lidam com o Direito como também, com maior expectativa, para os leigos jurídicos.

E, nesta lógica, buscar validar da necessidade da técnica da modulação dos efeitos de uma decisão como um artifício de compatibilização entre a inerente mutação da interpretação do direito e a noção de segurança jurídica dos negócios legais.

Em assim sendo, avante!

³ Expressão em latim que quer significar: desde o início, desde o começo, desde o princípio.

2.1 – Da Norma Fundamental

Ao perلustrar a doutrina específica, dentre tantas, citam-se as lições do hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso que, já de primeira, arremata:

O direito constitucional e a teoria da Constituição passaram por uma revolução profunda e silenciosa nas últimas décadas. Disso resultou um conjunto amplo de transformações, que afetaram o modo como se pensa e se pratica o Direito no mundo contemporâneo (2010, 2º ed., pg. XIX.).

Isso bem representa da necessidade do estudo dessas mudanças à luz dos novos pressupostos interpretativo-comunicacionais para que, verdadeiramente, chegue-se ao entendimento do Direito e as suas veredas de dificuldades. E, claro, que se crie uma base inicial e indispensável para que se possa visualizar essa “revolução profunda e silenciosa” como elemento, também, a fundamentar da necessidade de uma compatibilização de interesses sociais conflitantes.

Adverte-se, entretanto, que não é o terreno adequado aqui para uma incursão mais aprofundada da temática constitucional, mas sim, almejar-se-á a um recorte sobre alguns de seus elementos: tais como a sua mutação e interpretação.

Adentrando ao tema, de início, a tarefa de conceituar o que seja Constituição é uma das mais complexas, já que a sua conformação assumirá múltiplas facetas a depender do prisma que seja priorizado⁴ como, exemplificadamente, o político, o econômico ou o sociológico⁵. Contudo, como bem adverte José Afonso da Silva, tem-se dado uma conceituação um tanto quanto unilateral. A qual vem a dificultar uma total e contextual compreensão da mesma, “essas concepções pecam pela unilateralidade”. E complementa:

Vários autores, por isso, têm tentado formular conceito unitário de constituição, concebendo-a em sentido que revele conexão de suas normas com a totalidade da vida coletiva; (...) Busca-se, assim, formular uma *concepção estrutural de constitucionalidade*, que a considera no seu aspecto normativo, não como norma pura, mas como

⁴ Para constatação da pluralidade de significados da palavra Constituição, vide Curso de Direito Constitucional Positivo de José Afonso da Silva, 34º ed., 1976, às páginas 36-37.

⁵ A exemplo de autores que perfilam prismas diversificados, tais como os citados, pode-se elencar o magistério de Hans Kelsen, Carl Schmitt, Ferdinand Lassalle e Emmanuel Joseph Sieyès. Para uma breve elucidação sobre estes enfoques consultar o Curso de Direito Constitucional Positivo (*ob. Cit.* p. 38-39).

norma em sua conexão com a realidade social, que lhe dá conteúdo fático e sentido axiológico. (...)

A Constituição é algo que tem, *como forma*, um complexo de normas (escritas e costumeiras); *como conteúdo*, a conduta humana motivada pelas relações sociais (econômicas, políticas, religiosas etc.); *como fim*, a realização dos valores que apontam para o existir da comunidade; e, finalmente, *como causa criadora e recriadora*, o poder que emana do povo. Não pode ser compreendida e interpretada, se não se tiver em mente essa estrutura, considerada como *conexão de sentido*, como é tudo aquilo que integra um conjunto de valores (1976, 34ª ed. p. 39). [Grifos no original]

Assim, sem mais delongas, entende-se que o texto constitucional, na modernidade (ou como querem outros, pós-modernidade), consiste em um sistema escrito em um único texto ou não, que congrega de modo unitário e sistêmico um conjunto de valores e ideais que servirão de norte às relações humanas em sociedade.

Tendo por primazia a característica do disciplinamento das formas de organização do Estado, seu exercício, bem como sua assunção, quais seus órgãos e os direitos e garantias tidos fundamentais, sendo dotada de efetividade máxima e hierarquia maior. Claro que como advertido, seu conteúdo pode variar e de fato de muito varia. Não só seu conteúdo, mas, indubitavelmente, seu papel, sua interpretação também fora, é e será objeto de mudanças. Sendo que, na esteira das necessidades sociais, sua mais legítima fonte, é de se entender que a mesma, na ânsia de responder aos novos desafios, vem se colmatando.

Nesta dinâmica histórica é que em tempos outros, não muito remotos, a Constituição era tida como um mero documento político, como se fosse um protocolo de intenções em que constavam indicações, aspirações. Por isso que, no contexto do ordenamento jurídico, não era ela dotada de uma centralidade hierárquico-normativa plena, à vista que se conferia à lei, infraconstitucional, em muitos casos, uma maior imperatividade, de modo que: a disciplina legal não se amoldava nos estritos termos da Carta Magna ao ponto de contrariá-la e ter mais eficácia do que a lei fundamental, em várias hipóteses práticas.

Eram tempos em que o Parlamento gozava de uma supremacia e tinha-se como paradigma a concepção de que a lei ordinária era fonte maior da organização social, tudo isso na esteira das ideias de que os legisladores ao disciplinarem as novas demandas e por terem a legitimação democrática suas respostas deveriam se sobressair, mesmo que em contraste com a disciplina constitucional.

Entretanto, a História bem demonstra o momento no qual esse paradigma jurídico acabou por permitir: o positivismo jurídico com seu pragmatismo séptico levou

o mundo a quase destruição em massa e aos horrores do nazifascismo, tempos da coisificação humana e da banalização do mal⁶.

Diante deste quadro horrendo e de seus reflexos, o Direito busca oferecer uma resposta em conexão aos novos valores, ideais aprendidos com os erros do passado próximo⁷.

Destarte, surge um novo constitucionalismo como fruto de uma pluralidade de fatores que, sob uma nova modelagem interpretativa, passou a redimensionar os paradigmas da Ciência do Direito. É a era do constitucionalismo, ou melhor, do neoconstitucionalismo. Em outros termos, o Direito mutaciona mais uma vez.

Mas como se processam essas mudanças? Quais seus artifícios? Suas implicações para o ordenamento jurídico? Suas implicações práticas? O que isso pode significar, contribuir na fundamentação da modulação dos efeitos de uma decisão? Estas serão algumas das questões doravante explanadas.

2.2 – Da mudança constitucional

A evolução constitucional dá-se de dois tipos: pela via formal e pela via informal. A primeira “se manifesta por meio da reforma constitucional” que já vem disciplinada no seu texto e com maiores exigências do que para a alteração da lei ordinária, é o fenômeno da rigidez constitucional. A segunda, a outro giro, ocorre mediante “a transformação do sentido e do alcance das normas (...)” sem que exista a modificação do seu texto (BARROSO, *op. Cit.*, p.124).

A via informal, doravante denominada de mutação constitucional, está interligada à plasticidade de algumas normas constantes da Constituição. Foi com a doutrina alemã que esse fenômeno passou a ser reconhecido com mais propriedade no cenário europeu. E com os americanos é que se potencializou, em face de uma Constituição mais aberta e maior liberdade interpretativa deferidas aos juízes.

Portanto, convém destacar que, “esse novo sentido ou alcance no mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança da realidade fática ou de uma nova

⁶ Para uma maior incursão sobre estes temas, dentre outras, vide a doutrina da “filósofa política” Hannah Arendt (1906-1975), a exemplo, de *A Condição Humana* e *As Origens do Totalitarismo*.

⁷ A menção aqui necessária, como elemento de base teórico-filosófico, pode-se citar a construção da Dignidade inerente ao Homem formulada por Emmanuel Kant (1724-1804). Para o qual, a grosso modo, o Homem é um fim em si mesmo, não podendo ser um mero instrumento a consecução para outros fins (1975).

percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo”, mas sua legitimidade decorre de conformidade com “uma demanda social efetiva por parte da coletividade”⁸ (*ob.Cit.*, p.126/127).

Contudo, a plasticidade semântica das Constituições não é ilimitada, pois, para que a sua mutação seja aceitável, faz-se necessário que se encontre dentro das “possibilidades semânticas do relato da norma” e que sejam “preservados os princípios fundamentais” da Constituição (*ob.Cit.*128).

Logo, em que pese a liberdade dada aos intérpretes da constituição, sua atuação não significa a arbitrária possibilidade criacionista da norma. Fazer surgir um comando fora dos contornos aceitáveis passará a representar, verdadeiramente, uma atuação criativa do judiciário com mau ferimento do princípio da separação dos poderes, a tese de que o juízo estaria legislando.

Em última análise, a mutação constitucional decorre da necessidade de adaptabilidade da constituição aos novos desafios sendo que sua promoção é realizada ou por meio dos órgãos oficiais ou por costume constitucional (*ob.Cit.*129).

Para tanto, em razão da normativa constitucional ser permeada de conceitos jurídicos abertos e princípios, com sua inexorável vaguidade, é salutar que aqui já se sedimente uma distinção. As interpretações construtiva e evolutiva são díspares da mutação constitucional, em razão

a diferença essencial entre uma e outra está em que na interpretação construtiva a norma alcançará situação que poderia já ter sido prevista, mas não foi; ao passo que na interpretação evolutiva, a situação em exame não poderia ter sido prevista, mas, se pudesse, deveria ter recebido o mesmo tratamento (*ob.Cit.*131).

No mais, também, a realização “da mutação da constituição ocorre por esses outros mecanismos: a judicial – como supracitado, administrativo, por atuação do legislador, mudança da realidade de fato, da percepção do direito e através do costume (*segundo legem, proeta legem e contra legem*)”⁹ (*ob.Cit.*130/139).

Como dito supra, toda essa adaptabilidade da Constituição tem por fim último a sua efetividade, ou seja, que goze de correspondência social, compondo uma

⁸ Aqui reside um dos fundamentos da presente tese: que os jurisdicionados ao se depararem com uma miríade de julgados, muitos dos quais são contraditórios e incognoscíveis, almejam que suas legítimas expectativas sejam atendidas e, dentre estas, a manutenção das decisões pretéritas. Principalmente, quando sua conduta fora baseada nos seus termos. Noutras palavras, a segurança jurídica é almejada, que se não na sua integralidade, que, ao menos, se tempere-a.

⁹ Expressões latinas que representam: segundo à lei, além da lei e contrário à lei. Tradução própria.

Constituição “normativa” e não dos tipos “nominal” ou “semântica”, como bem conceituara Karl Loewenstein (*apud ob. Cit.* 141).

Bem, essa variação, na esteira da técnica americana ocorre por meio da Emenda com requisitos mais rígidos. Isso porque, “a Constituição, em diversas conjunturas, desempenha um papel contramajoritário, isto é, impede que prevaleça a vontade popular dominante em dado momento” (*ob.Cit.*143). “Trata-se de uma proteção necessária contra a volatilidade da política e das paixões partidarizadas” (*ob.Cit.* 144/145).

O que, em decorrência dos requisitos mais rígidos, gera a adjetivação de rigidez das mesmas, como é o caso da nossa Carta Cidadã, que prevê 3/5 dos votos dos integrantes de cada casa do legislativo nacional e dois turnos, conforme o art. 60 da CF/88. Sendo que as emendas à Constituição têm por característica uma menor abrangência, já a reforma à Constituição, como previsto no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, tem uma maior amplitude.

Veem-se que essas modalidades conformativas da Constituição às novas demandas sociais são reguladas, limitadas por parâmetros que o constituinte originário já estabelecera quando da criação da Constituição. O que significa que o constituinte derivado não tem total liberdade. Estes limites “costumam ser sintetizados pela doutrina em temporais, circunstanciais, formais e materiais” (*ob. Cit.* 149).

2.3 – Alguns parâmetros limitativos da Mudança Constitucional

Como já dito, a manifestação do Direito é transitiva ao longo do tempo, sendo que esta mudança, prioritariamente, acontece por realização dos seus legítimos produtores, que, quase sempre, são por legisladores, ou também, por interface dos interpretes, seja de qual seara for.

Contudo, esses artifícios, técnicas manejadas têm alguns parâmetros, os quais, a título de exemplo, serão expostos a diante, por fim de demonstrar a sua repercussão.

2.3.1 – Da mudança normativamente disciplinada

Assim, na cena constitucional têm-se: os temporais que dizem respeito à necessidade de “conter reações imediatas à nova configuração institucional e permitir que a nova Carta possa ser testada na prática por um tempo razoável” (*ob.Cit.* 149).–

exemplo maior, tem-se a norma constante do art. 60, §5º, da CF/88¹⁰. Os circunstanciais vedam a modificação da Constituição em tempos de anormalidade institucional, “decorrentes de situações atípicas ou de crise.” (*ob.Cit.* 151). Tais elementos são: na vigência do estado de sítio, de intervenção federal e estado de defesa, segundo dicção do art. 60, §1º da CF/88.

É o caso recente da intervenção federal imposta ao estado do Rio de Janeiro, por intermédio do Decreto Presidencial na data de 16 de fevereiro de 2018, editado pelo então Presidente da República Michel Temer, confirmado pelo Congresso Nacional em 20 do mesmo mês/ano¹¹.

Existe também, segundo abalizada doutrina, uma limitação quanto à produção dos efeitos advindos das novas disposições fruto de uma Emenda Constitucional, a exemplo, a constante do art. 16 da CF/88. Esta tem por objetivo guarnecer a previsibilidade das normas que regerão as eleições. E, para tanto, estabelece a ineficácia das mesmas caso modifiquem o pleito vindouro quando este se encontre em data igual ou inferior a 1 (um) ano. É o tão festejado princípio da anualidade eleitoral.

Os formais, como brevemente expostos supra, consistem na necessidade de observância de elementos para a aprovação das mudanças, tais como os que versam sobre quórum qualificado; aprovação por legislaturas diferentes ou por meio de referendo popular (*ob.Cit.* 154).

Tendo que, com a atual Carta Maior são esses os requisitos formais:

iniciativa: (...): (i) de 1/3 dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; (ii) do Presidente da República; ou (iii) de mais da metade das Assembleias Legislativas dos Estados; *Quórum de aprovação:* 3/5 (três quintos) dos votos dos membros de cada Casa do Congresso; *Procedimento:* discussão e votação em cada Casa, em dois turnos (*ob.Cit.* 158).

¹⁰ Assim é a grafia do §5º do art. 60 da Constituição Federal de 05 de outubro de 1988:

“art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

(...)

§5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.”

¹¹ Neste contexto de anormalidade institucional o Governo Federal, sob administração do Excelentíssimo Senhor Presidente da República Michel Temer, fez expediente deste comando legal, inclusive, para barganhar, negociar a desejada/rejeitada Reforma da Previdência, mas, contudo, até o presente momento, não obtivera êxito, pois nem com a promessa da suspensão da referida intervenção conseguiu a mudança previdenciária. Registro esse, apenas, para testemunhar a história e, claro, para demonstrar do quanto o Direito pode ser diversamente utilizado na prática.

Sendo que o Presidente da República não tem o poder de veto e nem sanciona e que, uma vez rejeitada ou prejudicada, “a matéria nela constante não poderá ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa, isto é, no mesmo ano daquela legislatura” (*ob.Cit.* 158).

Já os materiais têm por função, em que pesa a necessidade premente de mudanças, a conservação da “essência de sua identidade original, o núcleo de decisões políticas e valores fundamentais que justificaram sua criação”. São as chamadas cláusulas pétreas ou de intangibilidade (*ob. Cit.* 160). Tendo como precedentes a Constituição Americana de 1787, art. 5º e a Francesa de 1884, no seu art. 2º, e com maior disseminação no pós-Segunda-Grande-Guerra (*ob. Cit.* 161).

Aduz Roberto Barroso que estas cláusulas têm natureza declaratória e não constitutiva. Por isso, não há a exclusão de outras que estejam de forma implícita. Às quais são categorizadas em: os direitos fundamentais que já estão protegidos por disposição expressa (CF, art. 60, § 4º); a soberania popular; que o constituinte derivado não pode renunciar, nem delegar a função reformadora e alterar o processamento das Emendas (*ob. Cit.* 166/167).

Bem como, não existe relação de hierarquia entre as normas originárias Constitucionais, mas sim que as protegidas pelas cláusulas da intangibilidade têm um “*status* político ou sua carga valorativa (elevada), com importantes repercussões hermenêuticas”, mas não superioridade jurídica (*ob. Cit.* 168).

São exemplos de temas protegidos na atual Constituição Brasileira, segundo art. 60, I- a forma federativa do Estado; II- o voto direto, secreto, universal e periódico; III- a separação dos Poderes e IV- os direitos e garantias fundamentais.

Por mais, é de se compreender que quando da interpretação destes tipos de cláusulas “deve ser feita sem alargamento do seu sentido e alcance”. Com a finalidade de preservar a possibilidade da evolução constitucional, por intermédio da soberania popular, como também o não engessamento da disciplina Constitucional (*ob. Cit.* 170).

Assim, transpostos essas noções limitativas da alteração constitucional pela via formal, por intermédio da técnica da Emenda e/ou Revisão, passa-se a descrever a outra modalidade, que recebe a chancela de informal, em que a Constituição muda pelo caminho da interpretação das suas disposições. É a chamada mutação constitucional.

2.3.2 – Da mutação constitucional

Esta espécie é a forma mais corriqueira e que tem por fonte maior os pressupostos ensejadores do atual estágio do estudo das Constituições, denominado de Neoconstitucionalismo, o qual

identifica, em linhas gerais, o constitucionalismo democrático do pós-guerra, desenvolvido em uma cultura filosófica pós-positivista, marcado pela força normativa da Constituição, pela expansão da jurisdição constitucional e por uma nova hermenêutica (*ob. Cit.* 266).

Será, pois, na esteira deste novo paradigma, que se desenvolverá a nova interpretação constitucional, a qual é de salutar importância sua compreensão, a fim de que se possa, então, compreender melhor da inerente mutabilidade da Ciência Jurídica, ou seja, mais especificamente aqui, da interpretação jurídica em contraste à noção da perspectiva da sua manutenção, noutras palavras, da noção da segurança jurídica.

A Hermenêutica vem de Hermes, personagem da mitologia grega encarregado de transmitir a mensagem dos Deuses aos homens. Daí porque ela primeiro se desenvolveu nos estudos dos princípios gerais de interpretação Bíblica. Sendo que na seara jurídica representa a “atividade de revelar ou atribuir sentido a textos ou outros elementos normativos (como princípios implícitos, costumes, precedentes), notadamente para o fim de solucionar problemas” (*ob. Cit.* 270).

Nos dias hodiernos a interpretação deixa de ser apenas uma mera aplicação de subsunção dos fatos às normas, para, a outro giro, corresponder na “atribuição de sentidos aos enunciados normativos em cotejo com os fatores relevantes e a realidade subjacente” (*ob. Cit.* 270).

Portanto, encara-se a “norma jurídica como um produto da interpretação, e não como seu objeto” (*ob. Cit.* 271).

Não é em vão que nesta temática também se tenha desenvolvido a noção de interpretação construtiva, em que seu produto – a norma – não terá apenas como base o enunciado textual, mas se socorrerá de considerações extrínsecas.

Por essa e outras particularidades que a interpretação em sede Constitucional passou a ganhar contornos específicos, os quais são de múltiplas facetas implicativas. Assim,

a moderna interpretação constitucional, sem desgarrar-se das categorias do Direito e das possibilidades e limites dos textos normativos, ultrapassa a dimensão puramente positiva da filosofia jurídica, para assimilar argumentos da filosofia da moral e da filosofia da política (*ob.Cit.* 273).

Sendo estas alinhavadas, mesmo que não exaustivamente, em diante. Tendo em mente que, por essas e outras similaridades, sua análise mostra-se importante e indispensável aos fins do trabalho. Daí sua inserção no presente.

2.3.3 – Novos parâmetros da Interpretação Constitucional

Sustenta o autor em ênfase que “a interpretação constitucional é uma modalidade de interpretação jurídica” e cita como paradigma o caso julgado em 1803, entre Marbury e Madison, na América. Bem como, em que pese todas suas similaridades, esta espécie também faz uso das técnicas tradicionais de interpretação, mas, em contexto com suas especificidades, passa a adquirir uma disciplina própria (*ob. Cit.* 272).

É, justamente, na esteira destas especificidades que jazem as chaves para uma correta interpretação da Constituição, mais que isso, ao se envolver com suas veredas o direito surgirá como uma construção social mais apta a disciplinar o homem, bem como sua legitimidade gozará de maior prestígio, a partir do momento em que a sua construção, suas decisões passem a ser mais compreendidas pelos jurisdicionados. O que, acredita-se aqui, possa acontecer quando da utilização de uma argumentação jurídica com linguagem mais fácil e, principalmente, ao se esclarecer as particularidades linguístico-interpretativas que são mais latentes na área constitucional.

É preciso que fique bem claro aos operadores, tradicionais e novos, que essas particularidades estão presentes como consequência do tipo de temática trabalhada numa Constituição, tais como: “o de levar o Direito às relações públicas, disciplinando a partilha e o exercício do poder, bem como impondo o respeito aos direitos da cidadania” (*ob.Cit.* 272).

A interpretação tradicional da Constituição também vem compreendida nos contornos dos elementos manejados para os demais institutos jurídicos, pois, hoje, com mais e mais força, a Constituição é tida como norma e, sendo assim, às suas disposições são aplicadas as técnicas ordinárias de interpretação.

Como exemplos, têm-se a regras de hermenêutica constantes da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, Decreto-Lei 4.657/42, arts. 3º, 4º e 5º, e o princípio da boa-fé objetiva do Código Civil de 2002, art. 133.

Roberto Barroso vaticina outros elementos deste modelo tradicional de interpretação: “a interpretação, portanto, deve levar em conta o texto da norma (interpretação gramatical), sua conexão com as outras normas (interpretação sistêmica), sua finalidade (interpretação teleológica) e aspectos do seu processo de criação (interpretação histórica)” (*ob.Cit.* 292).

Bem, a gramatical é a que tem por base os textos normativo-descriptivos. Atém-se à literalidade da escrita, sendo o mais tradicional, haja vista que o Direito, historicamente, e, principalmente, na tradição romano-germânica, vem cada vez mais sedimentado na palavra escrita. Contudo, as normas de caráter polissêmico com sua textura aberta como os princípios, os conceitos jurídicos indeterminados por sua vaguidade, acabam por tornar insuficiente, quase sempre, este elemento tradicional.

A histórica tem “um papel secundário” quando da produção da norma concreta, pois tem “índole subjetiva” em comparado com o sistemático e teleológico objetivos (*ob.Cit.* 293). Esse artifício tem o tempo como paradoxo, pois à medida que passa fica mais difícil perquirir quais as intenções, vontades subjacentes quando da feitura da norma. Entretanto, sua aplicabilidade tem uma serventia significativa, “será o caso quando se pretenda dar sentido a uma norma que tenha sido expressamente rejeitado durante o processo legislativo” (*ob.Cit.* 294).

Já a sistêmica, como se intui, tem por norte a interpretação ampliativa, quer-se dizer: não há a restrição da interpretação ao enunciado sob foco, mas sim uma verdadeira verificação do mesmo com os demais comandos. Logo, as ideias de unidade e sistematicidade do ordenamento jurídico são trazidas à baila pelo presente elemento. Aqui, por ser a Constituição o centro nevrálgico de todo o sistema jurídico, passa-se a deferir em conjunto com a interpretação teleológica uma maior relevância de sua utilização. Pois, será viabilizada a conformação das normas infraconstitucionais com os valores e ideias expressos na Carta Magna. Tudo isso porque “a ordem jurídica é um sistema e, como tal, deve ser dotada de unidade e harmonia” (*ob.Cit.* 295).

No mais, e por derradeiro, aqui, o teleológico vem demonstrar os fins almejados pelo Direito. Há, verdadeiramente, a inserção da noção de instrumentalidade do regramento jurídico. Noutras palavras, o direito é criado e destinado a fins específicos,

não sendo um fim em si mesmo. E isso é facilmente constatado quando da leitura dos fundamentos da república em art. 3º da Constituição Cidadã.

Como se vê, esses elementos interpretativos vêm a instrumentalizar a revelação do comando normativo. Contudo, em que pesa sua generalidade, pois servem quase sempre como um recurso útil, sua funcionalidade mostra-se limitada para as situações de quando o juízo esteja diante de situações em que para os pressupostos fáticos os comandos legais já contemplem uma resposta apta a sua resolução.

Essa formulação de problema é manejada pelo já tão conhecido modelo de subsunção, o qual, corresponde, em síntese, à atividade do intérprete em revelar “o conteúdo, sentido e alcance da norma”. “Em que o intérprete não faz escolhas próprias, mas sim desempenha uma função técnica de conhecimento e não um papel de criação do direito”. É o juiz boca da lei (*ob. Cit.* 298).

Em adição e no contexto das especificidades da interpretação constitucional, aqui ainda nos contornos tradicionais, alguns outros elementos servem a tal mister, que, como se verá, constituem-se verdadeiros “princípios instrumentais da interpretação constitucional” (*ob. Cit.* 298).

O interessante é notar que, muito embora eles se constituam em “premissas conceituais, metodológicas ou finalísticas que devem anteceder, no processo intelectual do intérprete, a solução concreta da questão posta”, não estão positivados no texto legal constitucional, apenas e fortemente aceitos pela doutrina e jurisprudência (*Ob. Cit.* 299).

A teoria Constitucional aduz que as Constituições são engendradas em momentos específicos¹² e, por correspondência, “é dotada de supremacia e prevalece sobre o processo político majoritário porque fruto de uma manifestação especial da vontade popular, em uma conjuntura própria, em um momento especial” (*ob. Cit.* 300).

Desta especialidade advém o princípio da supremacia da Constituição que tem por característica fazer cessar as normas infraconstitucionais que com ela colidam. Para tanto, criam-se mecanismos de invalidação e/ou paralização da eficácia destas normas inferiores, tais como o controle de constitucionalidade, seja o principal, tido como concentrado, a cargo do Supremo Tribunal Federal, bem como o incidental

¹² “As Constituições (...) são elaboradas em quatro grandes cenários: criação ou emancipação de um Estado; reestruturação do Estado após uma guerra; na sequência de movimento revolucionário ou culminando algum processo de transição política negociada (*ob. Cit.*, p. 162).

capaz de ser manejado “em qualquer processo judicial, perante qualquer juízo ou tribunal” (*ob. Cit.* 300).

Nesta senda, é que por alusão aos comandos constitucionais, especificamente dos da separação de poderes e tendo-se por mister a busca da autolimitação da atuação judicial, surge o princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos.

A expectativa é que os atos da Administração Pública sejam válidos, ou seja, aptos à implementação da eficácia, pois descendem de uma legitimidade democrática. E, a outro giro, sua invalidação faz a exigência da sua demonstrabilidade por parte de quem a sustenta. Na prática o que se faz é atribuir o ônus probatório àquele que deseja a supressão da legalidade.

Em simetria à expectativa de legalidade dos atos da Administração Pública surge o princípio da interpretação conforme a Constituição¹³. Isso porque visa a preservação da regra de Direito ao buscar sua máxima eficácia ao artifício de “como técnica de interpretação, (...) impor aos juízes e tribunais que interpretem a legislação ordinária de modo a realizar, de maneira mais adequada, os valores e fins constitucionais¹⁴”. Já na faceta de “controle de constitucionalidade, (...) permite que o intérprete, sobretudo tribunal constitucional, preserve a validade de uma lei que, na sua leitura mais óbvia, seria inconstitucional” (*ob. Cit.* 302).

Em suma, arretada Roberto Barroso, que

A interpretação conforme a Constituição pode envolver a mera interpretação adequada dos valores e princípios constitucionais, ou a declaração de inconstitucionalidade de uma das interpretações possíveis de uma norma ou, ainda, a declaração de não incidência da norma a determinada situação de fato, por importar em violação da Constituição (*ob. Cit.* p.302).

Agora, outro princípio específico da interpretação Constitucional vem a representar a noção de ordenamento¹⁵, ou seja, de que o direito enquanto uma produção humana finalística tem que manter uma coerência aos fins perquiridos.

¹³ Para maiores estudos, vide: MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisprudência Constitucional*, 1998, p. 268.

¹⁴ O que não se admite é uma interpretação que contrarie a expressa dicção da regra. “Se a única interpretação possível para compatibilizar a norma com a Constituição contrariar o sentido inequívoco que o Poder Legislativo lhe pretendeu dar, não se pode aplicar” o citado princípio, posto “que implicaria, na verdade, criação de norma jurídica, o que é privativo do legislador positivo.” *Revista dos Tribunais – cadernos de direito constitucional e ciência política*, 1:314, Resp. 1.147/DF, Rel. Min. Moreira Alves.

¹⁵ Para efeitos de uma Teoria do Ordenamento jurídico, consultar, dentre várias, a obra de mesmo nome, da lavra do saudoso Senador vitalício da República Italiana Norberto Bobbio. *Teoria do*

Vem à lume o princípio da unidade da Constituição, que traz à cena a necessidade de “harmonizar as tensões e contradições entre as normas jurídicas”. Assim, lança-se mão ao, já comentado, elemento da interpretação sistemática, como artifício de instrumentalização dessa unidade normativa.

A decorrência maior é que: pelo fato das Constituições serem os documentos fundantes dos Estados, é natural no seu corpo a existência da consagração dos valores almejados pela sociedade. Portanto, todo o restante do corpo legal tem de se amoldar aos seus valores e fundamentos. Noutras palavras, “a superior hierarquia das normas constitucionais impõe-se na determinação de sentido de todas as normas do sistema” (*ob. Cit.* 303).

Como a ordem jurídica é composta de uma pluralidade normativa significativa – a brasileira bem representa isto – é natural que existam contradições entre seus comandos normativos e isso não é um problema dos maiores, pelo menos quanto à sua existência, visto que é inerente à esta Ciência, mas sim, o complicador é conseguir compatibilizar, melhor dizendo, determinar concretamente qual solução deve prevalecer.

Aqui sim, começam a surgir questões de realce para a interpretação jurídica, e, na seara constitucional a problemática é ainda mais elevada, pois, como já supra exposto, tendo em vista as características das suas disposições – normas – em simetria aos fins almejados, surgem, segundo melhor doutrina, a exemplo, do respeitado Roberto Barroso, conflitos entre normas de cuja solução os critérios tradicionais de resolução mostram-se de pouca ou nenhuma utilidade.

Quando o conflito diz respeito a normas infraconstitucionais, os critérios ordinários são válidos e suficientes. Já que, se for com a Constituição, claro, esta prevalecerá, por tudo do supra já exposto – Supremacia da Constituição –; se for entre si – infraconstitucionais, os tradicionais de hierarquia, anterioridade, especialidade estão aptos.

Não obstante a tentativa de construção unitária do corpo constitucional, a configuração de contradições entre as normas Constitucionais é problema maior que demande uma tratativa mais fina.

Como dito, as normas integrantes de uma Constituição têm igual hierarquia, valor, a princípio; o que vem a impossibilitar o manejo dos tradicionais métodos de

solução. Pois, por serem promulgadas ao mesmo tempo e por serem, segundo posição firme da Corte Constitucional, todas de cunho constitucional, independente da sua temática, não tem como elas, originárias do constituinte primeiro, serem compatibilizadas pelos meios tradicionais. Uma vez que, “uma norma constitucional não pode ser inconstitucional em face de outra”¹⁶ (*ob. Cit.* 304).

Apenas a possibilidade dessa confrontação ser legítima em face das normas constitucionais oriundas do constituinte derivado, quer nas Emendas ou nas Reformas, cabendo ao Supremo Tribunal Federal declarar sua conformidade ou não com o conteúdo primeiro da Carta Cidadã.

Logo, face a falência da tradicional hermenêutica, subsistirá ao intérprete da Constituição a simetria por intermédio, por exemplo, da “‘concordância prática’ entre os bens jurídicos tutelados, a teoria dos ‘limites imanentes’ e realizar ‘ponderações’, com concessões recíprocas e escolhas” (*ob. Cit.* 304/305).

No mais, têm-se também os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Eles não constam expressamente no Texto Maior, mas são reconhecidos pela doutrina e jurisprudência como corolários do devido processo legal e do Ideal de Justiça.

Vaticina Roberto Barroso que, apesar da discussão em torno da origem¹⁷, os termos são por ele empregados como sinônimos, visto que “um e outro abrigam os mesmos valores subjacentes: racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos” (*ob. Cit.* 305).

Sendo que sua função consiste em possibilitar o controle da discricionariedade dos atos da Administra Pública e defesa dos direitos fundamentais, assumindo, portanto, uma feição instrumental e material, respectivamente.

Por fim, o princípio da efetividade vem para consagrar a aplicabilidade das normas constitucionais e, para tanto, aconselha-se que:

entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que permita a atuação da vontade constitucional, evitando, no limite do possível,

¹⁶ O dissenso é recorrente na doutrina. Parte pugna pela restrição da natureza constitucional às normas que tratem, disciplinem temas de conteúdo meramente constitucional, como as que versem sobre os direitos e garantias fundamentais, a repartição dos poderes, sua estrutura, assunção aos cargos e poderes, por exemplo. Em lado diferente, uma corrente mais ampliativa, vem advogando a tese de que basta constar do texto constitucional para serem formal e materialmente constitucionais. A despeito do tema o STF perfila-se à ideia ampliativa.

¹⁷ Para uma esquematizada elucidação vide: ALEXANDRINO, Marcelo.; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. – 20ª ed. revista e atualizada. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012. p. 203-208.

soluções que se refugiem no argumento da não auto aplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador (*ob. Cit.*, 306).

Como quase que por síntese, este último princípio instrumental da interpretação constitucional vem a dizer o que se busca com o manejo de todos os outros, qual seja: a Constituição como principal paradigma normativo e axiológico de um Estado de Direito, que se modele como de cunho Democrático e Republicano à luz nos novos valores sociais e do seu paralelo ideal de justiça, social e distributiva, em conformidade com a teoria do Neoconstitucionalismo, goze de maior eficácia jurídica e social possível.

Então do tudo exposto, esses artifícios interpretativos devem ser manejados sempre com a finalidade última da realização dos fundamentos e princípios elegidos, expressos ou implícitos, na Constituição da República. Sendo que, para tal mister, fez-se e ainda se faz necessário uma evolução da Ciência Jurídica, a qual percorrerá não somente o entendimento das suas novas finalidades, desafios, legitimação como, inexoravelmente, seu processo de realização e instrumentalização a fim de corresponder às novas exigências sociais. Muda a realidade social; o Direito e sua interpretação, indubitavelmente, mutacionam juntos. Pois a Ciência Jurídica é um conhecimento mutável.

2.3.4 – Quando a subsunção não se mostra suficiente

Direito como condicionado e condicionante, também, pela realidade social e, sem dúvida, por sempre buscar a sua efetividade, como já de muito discorrido, tem de criar, incorporar elementos no seu corpo, seja de ordem material ou adjetiva, a fim de dar vazão às suas finalidades.

É com esse espírito que o fenômeno interpretativo, especialmente aqui o constitucional, vem por incorporar novos instrumentos, categorias ou, até mesmo, repaginando e fortalecendo outros já conhecidos, tidos como tradicionais, à luz da interdisciplinaridade, hoje reconhecidamente indissociável ao Universo Jurídico¹⁸.

¹⁸ Na senda da tridimensionalização do direito, noutras palavras, ao desgarrar-se da tradicional ficção de que esta Ciência se resumia à lei, cujos significados se encontravam, apenas, nos seus contornos, Niklas Luhmann (2007) faz inserir as ideias da Autopoiese, em que mostra da necessidade de o direito buscar respostas em outros campos do saber. O direito, assim, não basta em si mesmo. Não pode ele ser um círculo fechado à outras Ciências. Não pode ser uma ciência embasada numa direção unidimensional, dos fatos à norma, mas sim, deve se inserir e percorrer outros caminhos, outros saberes.

São novos tempos: aquele ideal Legal-Positivista Kelseniano¹⁹ já não mais serve, supera-se a fatídica idealização autopoietica do Direito. A norma, mais do que nunca, assume uma concepção advinda da interpretação e dotada de uma clarividente polissemia semântica.

Outrora, nessa linha de pensamento, já se dissera que

a grande virada na interpretação constitucional se deu a partir da difusão de uma constatação que, além de singela, nem sequer era original: não é verdadeira a crença de que as normas jurídicas em geral (...) tragam sempre em si um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais incidem. E que, assim, caberia ao intérprete uma atividade de mera revelação do conteúdo preexistente na norma, sem desempenhar qualquer papel criativo na sua concretização (*ob. Cit.* 308).

Hoje em dia, a interpretação constitucional não mais foca exclusivamente na norma e a concebe como antes, mas sim parte da ideia que seu comando serve apenas de início, ponto de partida para a resolução da questão, a tese de que não “contém, no seu relato abstrato, todos os elementos para a determinação do seu sentido”. E que, a norma, propriamente dita, é fruto da interação do seu texto – regra – com a realidade fática²⁰ (*ob. Cit.* 308).

Outro norte é a aceitação da impossibilidade hermética de separação entre o intérprete e o seu objeto. Sempre há de sofrer a interpretação à influência sensitiva do sujeito cognoscente.

No bojo dessas características, elementos normativos e/ou técnicas interpretativas e de julgamento que comportem um comando mais generalista, em afastamento ao restritivíssimo tradicional, são mais presentes no Ordenamento Jurídico. Tal ênfase decorre da necessidade e inevitabilidade do seu emprego, tendo em mente sua abertura e maleabilidade plástica, pois sua linguagem é de textura aberta.

¹⁹ Hans Kelsen (1881/1973) importante autor jurídico, sua obra mais propagada é “Teoria Pura do Direito”, em que faz um estudo da presente ciência na qual concebe o direito como aquele apenas legislado, ou seja, positivado, sendo este a fonte daquele saber humano. Portanto, para a resolução das lidas, o operador deve seguir os comandos legais-positivados, cuja validade repousa sempre numa “norma superior hierárquica” onde no ápice da “pirâmide” se encontrava a “norma hipotética fundamental”. (São Paulo, Martins Fontes. 2000a)

²⁰ Daí ser tão festejada a teoria tridimensional do direito, formula pelo Professor do Largo do São Francisco, o saudoso Miguel Reale (2005, 5 ed.) quando afirmou que “o Direito é fato, valor e norma”. É, justamente, no elemento segundo que reside a validade da grande significância da interdisciplinaridade do conhecimento.

São espécies destes elementos: os conceitos jurídicos indeterminados, normatividade dos princípios, a colisão de normas constitucionais, ponderação e da argumentação.

Os conceitos jurídicos indeterminados têm como principal característica uma “linguagem intencionalmente aberta e vaga”. Em que caberá ao intérprete, no caso concreto, contemplar o seu significado. Passa-se a deferir uma maior liberdade de criação. Posto que, normalmente, estes enunciados são possuidores de problemas de conhecimento ou de reconhecimento. São destinados a “lidar com situações nas quais o legislador não pode ou não quis, no relato abstrato do enunciado normativo, especificar de forma detalhada as hipóteses de incidência ou exaurir o comando a ser dele extraído” (*ob. Cit.* 313).

Cumpra-se a necessidade, aqui, de externar que não se confundem com Poder Discricionário que a Administração Pública possui em geral. Daí que é firme a tese no STF da sindicabilidade dos conceitos jurídicos indeterminados. A qual se debruçará nas chamadas “áreas de certeza positiva e negativa e não na cinzenta” (*ob. Cit.* 315).

A normatividade dos princípios perpassa pela sua ressignificação dentro do sistema, ao ponto de ser-lhes atribuídos o mesmo *status* das normas – uma centralidade sistêmica em contraste a anterior subsidiariedade, em que eram utilizáveis diante das lacunas normativas.

São eles dos tipos: fundamentais, os quais representam as principais decisões políticas; gerais, que acabam por se constituir em consequências dos anteriores, pois sintetizam suas especificidades com mais concretude e os setoriais, que são correlacionados à institutos jurídicos específicos.

Sua eficácia pode ser de natureza variável em razão dos modos de sua aplicação. Sendo direta quando ele serve como “fundamento para a edição de uma norma ou quando fundamento a tutela de uma situação concreta albergada pelo seu relato” (*ob. Cit.* 321).

Quando é manejado como norte à interpretação das normas, atribuindo-as sentido e alcance são do tipo interpretativo. “São vetores da atividade do intérprete”, sobretudo diante da pluralidade de resultados. Orienta, por fim, que quando da escolha interpretativa seja a que mais efetive às aspirações da “Lei” (*ob. Cit.* 315).

Já por eficácia negativa, uma norma, que esteja em conflito com ele, tem sua eficácia obstada. Seja por meio da sua declaração de inconstitucionalidade por Ação

Direta ou, mesmo, via incidental, em que a norma não é aplicável a um caso específico (*ob. Cit.* 321).

Sem embargo da sistematicidade e unidade almejada e tentada, o ordenamento contém, intrinsecamente, contradições ao passar a sedimentar interesses díspares. Para solucionar persistente entrave, o operador jurídico faz uso da ponderação. Esta representa uma técnica de decisão cuja incidência atua nos casos de “colisão entre princípios constitucionais, entre direitos fundamentais e entre direitos fundamentais e outros valores e interesses constitucionais” para os quais a tradicional arquitetura hermenêutica apta não está (*ob. Cit.* 330).

Sustenta doutrina abalizada que, enquanto um processo, compõe-se de três estágios: (i) – catalogação das normas manejáveis para a solução do caso; (ii) – exame dos fatos, as circunstâncias concretas dos casos e sua interação com os elementos normativos e (iii) – decisão os fatos e regras serão analisados em contexto com cada solução possível, dando-se pesos variáveis e por final de quanto será sua força prevalecente em face das outras (*ob. Cit.* 336).

De posse da subjetividade inerente a esta técnica decisória vêm sendo, segundo abalizada doutrina, cimentado alguns “vetores de segurança²¹” ao: (i) – reconduzi-la sempre ao sistema jurídico; (ii) – que seus parâmetros tenham pretensão de universalidade e (iii) – tentar a compatibilização prática dos elementos conflitantes (*ob. Cit.* 338).

É na esteira desta última característica que tomará(ão) fôlego o(s) princípio(s) da razoabilidade-proporcionalidade como instrumento(s) a uso da lógica argumentativa.

Torna-se imperativo, então, diante deste quadro, que a decisão tomada seja a mais bem possível fundamentada. Uma vez que a presença de pluralidade, *a priori*, de soluções e da maior liberdade de decisão faz nascer, e com certa legitimidade, uma maior desconfiança da imparcialidade e racionalidade da tomada de posição específica.

²¹ Neste sentido de busca do estabelecimento de vetores, artifícios de segurança, em face da pluralidade subjetiva do intérprete; para que o valor da Dignidade Humana não se perca em uma amalgama de utilidades e, em consequência, venha a ser manejada indevidamente; Roberto Barroso faz importante estudo no artigo: A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: <http://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf> Acessado em: 13 de julho de 2018, às 1:34min.

Logo, vale destacar, em contexto de implicações recíprocas, em função da evolução da normativa legal, especialmente a constitucional, o reconhecimento dos desafios modernos fez com que, inexoravelmente, o legislador e/ou operadores do Direito tivessem de trabalhar com um novo material. Cujas matrizes, paulatinamente, incorporam códigos de linguagem de textura aberta, o que acaba por também, inevitavelmente, exigir uma maior argumentação. O que, ressalte-se, acaba por ensejar uma conclusão de que, quanto maior a elasticidade normativa, maior a justiça; já quanto mais restritiva for a legislação sobre sua significabilidade, maior a segurança jurídica.

Nisto, o campo da Constituição, como supra exposto, bem serve a demonstrar a grandeza dessa dualidade. E que, por estudo da sua mutação e interpretação, fora possível vislumbrar como se processa a sua evolução. Diante disto, não em vão, óbvio que também influenciado pela temática própria albergada nas normas constitucionais, que o legislador fez inserir a técnica da modulação das decisões como uma resposta viável a solucionar tamanha contradição do direito.

Contradição esta que será mais detalhada a diante, primeiramente, com a demonstração da maleabilidade histórica do direito, e posteriormente, passar-se-á ao tema da necessária segurança das relações jurídicas. Por fim de lançar esclarecimentos e, conseqüentemente, – espera-se sua obtenção – da necessidade (validade) da interface realizada pela modulação.

3. A CIÊNCIA JURÍDICA COMO UM CONHECIMENTO MUTÁVEL

A produção científica do Direito expressa-se de diversas formas e métodos, mas sempre tem como plano de fundo a interpretação jurídica. Nesse caminho do exegeta, ele se vale dos mais diversos recursos argumentativos para se chegar a uma resposta aceitável e que se legitime na comunidade jurídica. Contudo, não é tarefa das mais fáceis o consenso em torno de um tema. Tendo em vista que o desvelamento da verdade jurídica não está atrelado a paradigmas epistêmicos invariáveis, mas sim parte de pressupostos interpretativos que se movem no tempo e no espaço ao longo dos séculos.

Daí uma das principais e inerentes expressões da produção jurídica é sua mutabilidade interpretativa: em que se decidem, sob um mesmo tema, de variadas formas argumentativas aos longos dos anos. Ou seja, é mutável. Repita-se: a Ciência Jurídica tem como elemento intrínseco a possibilidade de viradas interpretativas quanto aos temas em debate, repercutindo, indubitavelmente, no seu conceito de verdade, a qual precisa de uma constante reafirmação dos seus pressupostos argumentativos, que são desafiados pelas novas teorias e fatores sociais, para continuar se sobressaindo como solução dada pelo Direito ao caso concreto.

Destarte, o fenômeno jurídico tem como fonte primordial a realidade social. Pois, não sem razão, o direito é mutável, tendo em vista que busca se adaptar às necessidades presentes aos mais variados momentos históricos. Essa é uma das causas mais constantes da mutação da ciência jurídica, a sua necessária ligação com a realidade social da qual emana.

Esse processo de adaptação é intrínseco, vez que o direito sempre busca responder aos conflitos sociais e, para tanto, socorre-se dos saberes humanos, seja de qual área tiver como base a realidade social e as suas ciências. Assim, a mutação da ciência jurídica tem como plano de fundo mais perceptível a variabilidade das relações humanas, ou seja, a realidade social. Isso porque é das mesmas – relações humanas – que se norteará a principal fonte do direito, qual seja: a lei.

A norma legislada é a principal expressão da ciência jurídica. Como essa tem na realidade social sua principal base e, como supraexpressado, sendo as relações sociais variáveis no tempo e no espaço, é inevitável que a lei e, por consequência, a ciência jurídica também sejam maleáveis ao longo da história.

Nessa pegada, esclarece Niklas Luhmann (*apud* FERRAZ JUNIOR, 2001, 3º ed. p. 73/74) que:

De fato, a neutralização da política do Judiciário significará a canalização da produção do direito para o endereço legislativo, donde o lugar privilegiado ocupado pela lei como fonte do direito. A concepção da lei como principal fonte do direito chamará à atenção para a possibilidade de o direito mudar toda vez que mudar a legislação. Destarte, em comparação com o passado, o direito deixa de ser um ponto de vista em nome do qual mudanças e transformações são rechaçadas. Em todos os tempos, o direito sempre fora percebido como algo estável face às mudanças do mundo, fosse o fundamento dessa estabilidade a tradição, como para os romanos, a revelação divina, na Idade Média, ou a razão na Era Moderna. Para a consciência social do século XIX, a mutabilidade do direito passa a ser a regra usual: a ideia de que, em princípio, todo direito muda torna-se a regra, e que algum direito não muda, a exceção. Essa verdadeira institucionalização da mutabilidade do direito na cultura de então corresponderá ao chamado fenômeno da positivação do direito.

Essa intrínseca correlação entre realidade social e lei é elemento fundante do fenômeno jurídico, porque o legislador, ao produzir o texto de lei na busca de responder às necessidades sociais, tem de levar em consideração os valores sociais de convivência do seu tempo.

Portanto, como o principal paradigma da mais importante expressão da ciência jurídica – a lei – é por essência mutável – a realidade social –, deve-se compreender que seja variável também o seu produto. Essa é uma das mais aceitáveis causas da mutabilidade do saber jurídico, mas, como é de se esperar, tendo em vista a complexidade do direito, não é a única explicação.

A lei, aqui no sentido de regra, como já expressei, varia no tempo e no espaço, mas a realidade social tem sua mutação mais rápida, pois, como se sabe, o legislador não consegue disciplinar por completo os conflitos humanos. Daí, como resposta a essa inevitável defasagem normativa, produz-se outra adaptação (mutação na ciência jurídica) através do processo de interpretação em que, baseado em uma regra, o intérprete produz uma nova norma jurídica sem, contudo, alterar o texto legislativo.

Há, então, duas grandes expressões da mutabilidade desta ciência baseando-se nas variações da realidade social, quais sejam: a alteração legislativa – da regra – e a alteração da norma – do seu sentido semântico.

A alteração da regra é a mais tradicional forma de mutação do universo jurídico posto que se constitui na mais expressiva diante de sua histórica presença ao longo dos séculos, ou melhor, dos milênios, no saber jurídico. Essa primazia é perfeitamente

compreensível porque historicamente o direito, desde suas iniciais codificações, vem expresso de modo escrito²².

Claro que essa fase só se tornou possível depois do advento da escrita, pois as sociedades ágrafas desconheciam essa técnica linguística. Isso quer dizer que, em dada fase, passou-se a sedimentar as regras de convivência em textos normativos²³. Sendo assim, naturalmente, como o direito, pelo menos de forma mais palpável, estava disposto de modo escrito, é de se esperar que sua evolução também se expressasse através da sua reescrita. A regra jurídica na busca de representar a consciência da sociedade quanto aos modelos de convivência tem de se amoldar às necessidades humanas e, para tanto, seu texto vem sendo, indubitavelmente, escrito e reescrito ao longo dos tempos, conforme já ressaltado.

E esse fenômeno é mais perceptível nos países de tradição romano-germânica²⁴, uma vez que é característica desse modelo a expressão do direito se perfazer de forma escrita, ou seja, codificada. Temos, portanto, que a mutação da ciência jurídica, por meio da alteração da regra escrita²⁵ é mais fortemente constatada nos países de tradição supra, ao qual o Brasil também pertence.

Essa mutação da ciência jurídica está historicamente nas mãos do Poder Legislativo, à luz da já tão conhecida tripartição dos Poderes do Estado idealizada inicialmente por John Locke em "Segundo Tratado sobre o Governo Civil" e depois aprimorada por Montesquieu em o "Espírito das Leis".

No contexto brasileiro o Poder Legislativo está disposto em três níveis, o qual inclui o de âmbito da União – o Congresso Nacional – com composição bicameral – a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, representantes da população brasileira e dos estados federados, respectivamente. No âmbito regional, há os estados

²² Vide Capítulo II, As primeiras leis escritas e o Código de Hammurabi, sobre o tema. (Castro, 2º ed., 2007, pg. 11-27.)

²³ "O corpo de leis mais antigo que se conhece hoje é o de Ur-Nammu (fundador da terceira dinastia de Ur, 2111-2094 a.C.) do qual chegou até nós somente dois fragmentos de um tablete de argila. Em 1948 outras leis foram identificadas também na mesma região; são as leis de Eshunna. No final de 1901 e início de 1902 d.C. uma expedição arqueológica francesa encontrou uma estela (pedra) de diorito negro de 2,25 m de altura contendo um conjunto de leis com 282 artigos, postos de maneira organizada, ao qual chamamos hoje de Código de Hammurabi por ter sido feita a mando do Rei Hammurabi, que reinou na Babilônia entre 1792 e 1750 a.C." (Castro, 2º ed., 2007, pg. 11-12).

²⁴ Em sentido diverso, constitui-se os países que seguem a tradição do Common Law, na qual a principal gênese resolutive perpassa pela consulta da existência ou não de um "caso precedente". Onde, é deferida maior importância ao elemento Costume, ou seja, seu direito é mais consuetudinário, enquanto o romano-germânico é mais legalista.

²⁵ É de bom alvitre salientar aqui que, quando se refere à lei, em sentido de regra, é utilizada em sentido amplo, abrangendo-se todas as formas expressas do art. 59 da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, sejam das mais outras hipóteses como, por exemplo, regulamentos administrativos, etc.

federados com suas respectivas Assembleias Legislativas. Já na seara municipal, estão as competentes Câmaras Municipais. E como um quarto ente, *sui generis*, ainda se encontra o Distrito Federal que possui a sua Câmara Distrital com competências análogas aos dos estados federados e municípios.

Pois bem, cabe ao legislador adequar as codificações jurídicas às necessidades sociais, tendo por fim último compatibilizar o texto da norma à realidade complexa das relações humanas e, assim, oferecer maleabilidade à lei sem deixar que sua organização tenha obstaculizada sua finalidade primária: de pacificação social, ou seja, que a convivência humana seja regrada por diretrizes claras e atuais.

A princípio, esta função pacificadora por meio da elaboração e reelaboração do texto da norma (regra) está a cargo dos legisladores e é compreendida e legitimada pelo processo democrático de escolha dos mesmos através das eleições.

Acredita-se, assim, que haja uma adequada correlação entre os eleitos e as ideias sociais. Destarte, em apertada síntese, a escolha periódica e democrática, neste caso maximizado pelo princípio da representação proporcional – exceto para o Senado Federal –, dos legisladores possibilita, ao menos em tese, que os eleitos sejam capazes de produzir a regra jurídica de acordo com as necessidades da coletividade. Daí que, de modo mediato, é a própria sociedade que regula as normas de convivência, cabendo, portanto, a ela ser a intérprete e produtora da regra jurídica.

Como a sociedade é plural, principalmente a brasileira, em aspectos socioeconômicos, culturais, de raças e etc., é natural que a conformação das regras de convivência também o sejam. Nesse sentido, o fenômeno da mutabilidade jurídica é mais latente na realidade brasileira, tendo em vista que os conflitos subjacentes das sociedades plúrimas são, em tese, mais diversificados. Tal fato exige uma especial sensibilidade do legislador e, por consequência, que as eleições representem ao máximo possível as ideias dos diferentes grupos que compõem a sociedade.

Posto que só assim a mutabilidade da ciência jurídica através da atenção e produção da regra legislada será capaz de dar vazão às necessidades humanas. Necessidades estas, como supracitado, são as principais explicações de esta realização humana ser um conhecimento mutável.

Essa característica, entretanto, não está apenas nas mãos do Poder Legislativo, pois se atribui também ao Poder Judiciário a possibilidade de mutacionar as verdades advindas da ciência jurídica, haja vista cabe ao judiciário a função da interpretação e

aplicação das leis de um Estado²⁶. Tal tarefa ocorre, primordialmente, por intermédio da interpretação do texto da lei com a finalidade de se extrair a norma competente.

Logo, a função do Judiciário, aqui em um sentido unitário e simplista, adverte-se, é o desvelamento dos sentidos semânticos da regra escrita produzida pelo Legislativo²⁷.

Nesse sentido, a construção do significado semântico da regra jurídica constitui na segunda hipótese mais demonstrável do porquê da mutabilidade do conhecimento jurídico. Assim, veja-se.

A teoria da linguagem expressa que tudo é linguagem comunicativa, “mesmo quando você não diz nada, já está a falar algo, pois emite a mensagem que não quer falar nada”. Ou seja, “em termos comunicacionais, não há a possibilidade de não emitirmos significados que sirvam de base para uma comunicação. Sendo assim, tudo que façamos tem para algo ou alguém – o receptor – um sentido a ser descoberto, percebido, desvelado”. Para tanto, a mensagem comunicativa se expressa das mais diversas formas, seja através dos sinais corporais, da fala, da escrita, dos signos e até mesmo por uma omissão de comportamento, o que importa é a transmissão da mensagem e que a mesma seja a mais compreendida possível pelo seu destinatário. Portanto, “no ato de se comunicar, o que verdadeiramente importa é que a mensagem seja o mais cognoscível para o seu intérprete e que o objetivo pretendido seja alcançado” (FERRAZ JUNIOR, 2001).

De qualquer sorte, o emissor linguístico faz uso das mais diversas técnicas de comunicação para tornar mais acessível e imperativa suas mensagens. Seja qual for o ramo do saber ou o nível cultural dos envolvidos, na comunicação sempre se estará a utilizar a língua nas mais diversas formas, como um conjunto de signos, aqui em sentido amplo, em que sobre os quais se tem uma prévia compreensão.

Essa “pré-compreensão é um elemento indispensável, posto que não fosse possível se desenvolver uma comunicação mais elaborada”. Contudo, em que pese “à utilização de técnicas consagradas, o ato comunicacional não está imune a distorções, a interpretações equivocadas ou díspares diante de diversas variáveis que

²⁶ Para uma maior incursão sobre as funções desempenhadas pelo Poder Judiciário, consultar a obra de André Ramos Tavares: *Teoria da Justiça Constitucional* (2005).

²⁷ Convém salientar que, quando se reporta às regras, utiliza-se o sentido amplo, como fora advertido, e quanto à utilização da flexão no plural de “sentidos semânticos” é que, já aqui, não se deixa de considerar a pluralidade de significados possíveis, capazes de serem extraídos do texto da regra pelos mais variados intérpretes das mesmas.

interferem no ato comunicacional”. E a ciência não se abstrai dessa problemática, tampouco as ciências jurídicas, sendo até mesmo esta uma de suas principais características (FERRAZ JUNIOR, 2001).

A pré-compreensão dos signos linguísticos por utilização da fala ou escrita, para ficar nos mais utilizados, não garante, por si só, a completude da mensagem quanto à sua significação, visto que a norma escrita, texto de lei, pode ser objeto de interpretações e dela se extraírem significados linguísticos variados. Sendo que esse fenômeno é inerente ao direito e tem dentre uma das mais aceitáveis hipóteses de compreensão que: o direito necessita se adequar às necessidades do seu tempo.

Portanto, há de se aceitar que as mensagens prescritivo-normativas são interpretadas em contexto com os mais variados elementos internos e externos à ciência jurídica e, principalmente, há de ser também levado em consideração que o ato de se comunicar traz imbuídas, no seu cerne, a imprecisão e a diversidade de cada ser humano no que diz respeito a sua pré-compreensão dos signos comunicativos.

Daí a possibilidade de um mesmo texto normativo vir a ser interpretado ao longo dos anos de formas diversas e, de forma mais incompreensível ao leigo, de se atribuir, diante de uma regra, mais de um significado.

São diversas as opiniões que se debruçam sobre esse tema e tentam explicá-lo, quase sempre com acirradas discussões, mas se deterá, por enquanto, ao magistério de Tércio Sampaio Ferraz Jr, em que se comentam as categorias dos chamados Códigos Fortes e Códigos Fracos, na tentativa de compreender o fenômeno da mutabilidade do direito, agora na expressão da mutabilidade da norma jurídica. Assim, vaticina o festejado autor da obra *Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, Decisão, Dominação*:

Ora, quando um agente emite uma norma, esta pode ser capitada pelo paciente de diversos modos. A relação não é, pois, direta, mas medida pelas organizações estatuídas que constituem um *código explícito*. (...) ora, esse código explícito tem que ser decodificado, para que a norma se cumpra. Entendermos por código uma estrutura capaz de ordenar, para um item, qualquer, dentro de um campo limitado, outro que lhe seja complementar. Os códigos tornam comuns as orientações de agentes comunicativos. Por meio do código ganha-se relativa liberdade da situação concreta. Todavia, a generalização das significações pode fazer com que as situações concretas se percam. Por isso o código tem de ser decodificado. Como se dá a decodificação?

(...) Trata-se de um “código forte” que procura dar um sentido unívoco à prescrição. (...) O código forte confere à prescrição um sentido estrito, (...) O rigor, porém, estreita o espaço de manobra do destinatário, pois dele se exige

um comportamento estrito. Assim, a tendência do receptor é ganhar espaço, ampliar sua possibilidade de comportamento. Por isso ele decodifica a prescrição conforme um “código fraco”, isto é, pouco rigoroso e flexível.

Pode ocorrer, porém, que o emissor decodifique sua prescrição conforme um código fraco, procurando “cercar” o comportamento do receptor de todos os lados pela flexibilidade de sentido. Neste caso, o receptor vai, em contraposição, exigir uma decodificação precisa, conforme um código forte, pois este é que lhe conferirá espaço de manobra.

Ora, diante desse esquema, temos de reconhecer que o legislador normativo trabalha com ambos os códigos. Em face disso, dependendo da situação existencial e atendendo à exigência de imperatividade global do sistema, o intérprete pode variar sua decodificação em nome do legislador racional. A paráfrase interpretativa não se resume, portanto, num exercício de decodificação rigorosa, mas pode variar, conforme as circunstâncias, desde que se reforce o poder de violência simbólica. (...)

Assim, a possibilidade, conforme a situação, de usar códigos fortes e fracos a serviço do poder de violência simbólica confere à hermenêutica uma margem de manobra, que, simultaneamente, explica as divergências interpretativas, sem, porém, ferir a noção de interpretação verdadeira (...) (2001, 3ª ed., 279-280).

Portanto, a prática jurídica é dotada de uma permeabilidade linguística que traz certos complicadores na sua compreensão, não só por aqueles que diretamente a exercem, mas, e com muito mais ênfase, por parte dos cidadãos, cujo conhecimento, *a priori*, não os habilita a formularem um entendimento dos temas debatidos e das suas respectivas respostas, cujos raciocínios são permeados de técnicas argumentativas de que se valem os operadores do Direito.

Destarte, mostra-se imperativo uma busca de fundamentos, teses, argumentos que possam, se não estancar por completo as incompreensões diante da complexidade do tema, apresentar caminhos e hipóteses de soluções à compreensão do fenômeno jurídico, principalmente, aos seus destinatários finais, quais sejam, os jurisdicionados (cidadãos). Para que se chegue a aceitação, assimilação da inerente variabilidade da presente ciência (interpretação) e, assim, que, diante da sua não extirpação, possam ser produzidas respostas que a instrumentalize em face dos outros elementos compositivos do direito; que em tela, por seu caráter de antagonismo, dá-se ênfase à segurança jurídica.

É justamente nessa pegada que uma explanação do que se entenda por “verdade”, mais especificamente a verdade jurídica, possa, inicialmente, lançar premissas para uma pré-compreensão da ciência do direito e seus labirintos de dificuldades. Contudo, mais ainda por ordem de didática, acredita-se aqui que descrever o fenômeno da interpretação e seus reflexos na presente disciplina,

enquanto uma expressão pré-filosófica²⁸ àquela se mostra de salutar prática na ordem dos temas propostos no presente trabalho. Bem como, quem são os legitimados a realizarem essa tarefa árdua. Assim, logo, proceder-se-á.

3.1 O que é interpretar?

Interpretar, inicialmente, consiste em estabelecer contato com o mundo ao nosso redor, seja o mundo das coisas seja o mundo metafísico. Não é em vão que a humanidade tem se postado diante de uma “dualidade insuperável”²⁹ quanto à sua origem. Com maior relevância, pode-se encontrar essa diversidade nos diálogos travados por Umberto Eco e Carlo Maria Martini, em: “Em que creem os que não creem?” (1999). E, mais recente, na obra de inspiração mesma do festejado historiador Leandro Karnal com o Padre Fabio de Melo (2017).

Historicamente, tem-se prestado a humanidade a interpretar sua origem e se têm tido respostas, dadas como contraditórias: uma de que o homem surge de processos aleatórios e de ordem físico-químico-biológica³⁰; a outro giro, uma de que o homem surge de um processo de criação Divina. Ou seja, uma que se propõe a se autointitular de base racional e outra que tem por paradigma a fé, respectivamente.

Essa dualidade interpretativa serve de exemplo adequado para estabelecer um *topos* quanto ao fenômeno da interpretação. Caso se parta do conceito supracitado, que consiste em uma inter-relação com o mundo circundante, percebe-se que o ato/fenômeno em tela é interno de cada ser humano na sua individualidade, sendo que não existe um denominador comum que estabeleça com precisão e unicidade sua validade posto que a cognoscibilidade que temos do mundo que nos cerca só a nós pertence.

²⁸ Utiliza-se aqui essa expressão com suporte nas ideias elaboradas por Roger Shiner (SHINER, 1992, P.5), em que consiste, grosso modo, no estabelecimento de ideias iniciais, pontos de vistas convergentes quanto aos temas em tela. No caso específico, que na obra de doutoramento em baila, Noel Struchiner ao trabalhar com as vantagens do positivismo conceitual em face do pragmatismo jurídico, aduz que tanto o Positivismo como o Juspositivismo aceitam a existência das regras como elementos compositivos do Direito. Portanto, essas duas correntes têm como conceitos pré-filosóficos a existência de regras jurídicas como elementos compositivos do Direito. O que, por exemplo, não é aceitável pelos correligionários da corrente do Realismo Jurídico.

²⁹ Digo insuperável tendo em mente a constante e interminável luta pela primazia da resposta a essa pergunta.

³⁰ Importante obra e marco desta tese é a obra de Charles Darwin “A origem das espécies”. Que ao apresentar sua teoria da evolução faz conclusão de que o Homem é fruto da evolução natural e não uma criação Divina (DARWIN, 1859.).

Assim, já nesta introdução, esclarece-se que não se objetiva cravar uma afirmação quanto ao que seja a interpretação verdadeira, mas sim trazer à baía uma luz quanto a este ato/fenômeno.

Daí porque entende-se como válido o exemplo expresso anteriormente, tendo em vista que ele conduz a interpretação como uma característica humana da qual não se possa afastar; apesar de ela não ser concluída satisfatoriamente quanto ao mundo que se relaciona. Entretanto, como fora advertido, traçar algumas referências é possível – tarefa à qual se propôs, humildemente, a fazer em diante.

O ato humano de pensar é condição *sine qua non*³¹ ao ato/fenômeno interpretativo, visto que a interpretação extrai significados das coisas – físicas ou abstratas – que compõem mundo. O significado das coisas é uma construção de atribuição de valores em contextos históricos. Dado pelo homem através do pensar e que o desvelamento desses significados são frutos da interpretação, não resta outra afirmação que não o estabelecimento de uma simbiose³² entre essas duas características humanas. A interpretação é, portanto, consequência do pensar.

Logo, em apertada síntese, pode-se concluir que o ato/fenômeno de interpretar é uma característica humana que tem por base o traço distintivo do *homo sapiens* das demais espécies, qual seja: a capacidade de pensar racionalmente. Em outras palavras, a interpretação é a consequência simbiótica da racionalidade humana no conhecimento dos mundos à sua volta, tanto o físico como o espiritual, que cada homem possui.

Mas surge, em seguida, a indagação: por qual meio se viabiliza a interpretação?

O fator operacionalizador da interpretação já fora dado, como supra, sendo a razão humana, a qual é acionada pelos sentidos.

São estes elementos de contato com o mundo circundante que funcionam como meio de fluxo entre os mundos interno e externo ao homem. Ou seja, os sentidos humanos instrumentalizam-se e estabelecem o contato dos elementos a serem cognoscíveis pelo sujeito cognoscente. Logo, vale-se o homem dos seus 5 (cinco) sentidos como fluxograma das informações que serão processadas e operacionalizadas pela mente – razão – humana a fim de realizar a interpretação dos

³¹ Expressão latina que quer representar: sem a qual não (existe).

³² Relação biológica entre seres vivos em que um depende do outro, vivência implicativas de ambos, pois um depende de atividades diretas do outro, a exemplo e tradicional citação, a simbiótica relação de algas e cogumelos nos líquens.

acontecimentos, sejam eles pretéritos, do presente e, até mesmo, para sua projeção ao futuro.

Dá-se, portanto, que, através da visão, audição, olfato, tato e paladar, o homem estabelece contato direto e/ou indireto com a natureza. Seja esta de ordem natural ou de ordem artificial, bem como palpável ou abstrata. O que importa é que não se pode exercer a interpretação das coisas sem ao menos ter um precedente, diga-se um paradigma de ordem pré-filosófica, apresentado ao homem que não por meio dos sentidos³³.

Sendo, advirta-se, aqui, em face de provável contra argumentação do exposto supra no tocante à categoria pré-filosófica e sua indispensabilidade, que mesmo quando o homem se propõe a interpretar os mundos que não se mostram perceptíveis pelos sentidos, tais como ao teorizar sobre o espaço e sua (in)finitude, a qual ainda se mostra uma teorização, um exercício de projeção ao desconhecido, essa operação tem por base elementos previamente introjetados que serviram de fonte ao raciocínio.

Assim, mesmo que o homem se proponha a interpretar aquilo que não pode ainda ser palpável pelos sentidos, ele o processa com fundamento no conhecimento pretérito até então viabilizado por eles mesmo. Caso contrário, o que se teria era nada mais que um mero exercício de achismo e não uma interpretação que se propusesse como “racional”. A interpretação não seria possível (se não a que tivesse sido viabilizada pelos sentidos humanos), quando não se disponibilizassem informações a serem processadas pela razão. Logo, há a necessidade de precedentes de informação advindos dos sentidos para que o homem exerça sua razão e, por intermédio dela, interprete os mundos a sua volta.

Daí que, neste sentido, Hannan Arendt ao discorrer sobre a importância da realização de Galileu Galilei (1564-1642), com a sua Teoria do Heliocentrismo, aduz, efusivamente, que este não partiu de uma isolada compreensão, mas se valera de outras pretéritas lições. *In verbis*: “Além do mais, distintamente dos eventos, as ideias nunca são sem precedentes” (2016. 13 ed. pg. 321).

³³ Em sentido contrário, pelo menos no concernente a experiências individuais, próprias, vide a obra “O homem e seus símbolos” de concepção e organização de Carl Gustav Jung. No que ele chama de “pensamentos arcaicos”, quando diz que muito dos nossos sonhos não são frutos das nossas experiências pessoais, mas sim são resquícios da nossa memória evolutiva. Vide a passagem “O arquétipo no simbolismo do sonho”, primeira parte, “Chegando ao inconsciente” (JUNG. 2008, p.15-133).

Portanto, a interpretação é um ato/fenômeno humano pelo qual o homem através da sua razão operacionaliza os elementos pré-introjetados pelos sentidos, enquanto estes são indispensáveis (natureza pré-filosófica) para a compreensão dos mundos que o circundam, aos quais lhes são atribuídos valores.

No mais, a contrário senso, por amor ao debate, o ser “tábula rasa” não se mostra capaz de racionalmente interpretar, pois estaria fadado ao achismo. Visto que primeiro se faz necessário existir para que se possa sentir os mundos e só depois ser possível pensar, ou seja, interpretar (LOCKE, 1999.).

Não é em vão que vozes se levantam a reescrever o axioma descartiano: não mais “penso, logo existo” (DESCARTES, 2 ed. 1979), mas sim “existo, e por existir posso pensar”.

E essa possibilidade de ressignificação vem a calhar com outra característica inerente ao ato/fenômeno em tela, que consiste na pluralidade de ideias e resultados interpretativos. Isso leva a concluir que, por ser através dos sentidos que se percebe o mundo cognoscível, e, sendo a capacidade sensitiva variável, ou seja, dotada de uma plena individualidade, a interpretação é uma produção, inicialmente, individualizada que cada ser humano realiza de acordo com suas informações pré-introjetadas dos mundos que os margeiam.

Mas também outros fatores de ordem externa contribuíram a essa pluralidade. O homem por ser um ser social e histórico, sofre compreensível influência da sociedade da qual está inserido e/ou da qual tem possibilidade de contato. Como os elementos sociais são mutantes ao longo dos tempos, é de se admitir que produtos que tenham e/ou sofram suas ingerências também assim o sejam. Logo, a interpretação, indubitavelmente, pode-se assim dizer, é também um produto histórico e social.

Não sem razão que a ciência do direito, como esplanada no tópico 3 anterior (3. A ciência jurídica como um conhecimento mutável), é um produto que varia ao longo dos tempos. Entretanto, justamente por ser um produto social, que se destina a fins específicos, na seara jurídica, a interpretação passa a contar com técnicas que almejam dar contornos metodológicos a sua produção.

Essas técnicas visam instrumentalizar a produção jurídica para que não se torne uma plena areia movediça completamente refém dos sabores individuais sensitivos dos seus operados. Nesse sentido, que tangencia uma realização de artifícios de estabilização da interpretação, surge a importância da ciência da interpretação com

suas técnicas, escolas interpretativas, ao longo dos tempos. Tal tarefa fica a cargo da hermenêutica (ciência da interpretação), mais especificamente da hermenêutica jurídica, pois, como intuitivamente se induz, esta concerne na especialização da hermenêutica aplicada à ciência do direito.

Por seguinte, o ato/fenômeno do que seja interpretação, como dito supra, nasce, inicialmente, da individualidade humana e através da busca de elementos de conexão de pontos de – pode-se assim dizer – convergência entre os intérpretes passa a ser também uma produção coletiva. Coletiva, agora, porque existirá uma nova relação de interconexão entre os sujeitos responsáveis pelo exercício do desvelamento do(s) sentido(s) semântico(s) das prescrições constantes do ordenamento jurídico.

Os intérpretes do direito buscarão encontrar suas respostas não unicamente nas suas experiências de vida, mas, indubitavelmente, socorrer-se-ão dos ensinamentos dos seus pares. Surgindo, em consequência, uma nova pluralidade de opiniões.

O que tem sido, via de regra, louvável, consoante provocar uma evolução argumentativa da produção interpretativa³⁴; tendo em vista que a dialética com sua confrontação de teses corrobora para que o presente ramo do saber se desfaça, ao menos dirima um pouco, de sua intrínseca incompreensão por parte dos jurisdicionados; faz imbuir na mentalidade dos operadores do direito que a sua mutabilidade decorre fortemente, inclusive, da plasticidade cognitivo-valorativa dada às coisas no ato/fenômeno de interpretar e, por extensão, à disciplina legal, que tem potencializada essa característica haja vista ser das Ciências Sociais (Aplicadas).

Logo, é de se concluir que, em conexão com suas particularidades encontradas na seara das ciências sociais, a interpretação possui, genuinamente, uma pluralidade significativa à qual vem a contribuir para a mutabilidade do direito, bem como a própria compreensão da realização do mesmo, com maior força aos novos intérpretes. Onde vem a justificativa para sua, neste tópico, análise.

Aqui, surge, outra indagação: quem são os intérpretes da ciência jurídica? É o que se passará a discorrer em diante.

³⁴ Pois a pluralidade de opiniões faz com que se necessite de mais esforços dos intérpretes quanto à sua análise do que se entenda a ser aplicado às situações da convivência humana pelo Direito.

3.2. Quem são os intérpretes?

O fenômeno jurídico enquanto um saber humano, que vem sendo elaborado ao longo dos tempos, por ser um dado criado e não uma dádiva dos Deuses³⁵, está intimamente interligado aos fatores históricos, políticos, sociais e econômicos das sociedades de que emana. Essa correlação intrínseca da presente ciência com esses fatores mostra-se, aqui, de salutar importância para o presente debate e, desde já, também, proveitosa é estabelecer outra correlação entre o Direito e seus respectivos intérpretes.

Isso se mostra claro quando se debruça sobre o Direito e sua História, haja vista que para todos os modelos históricos do Direito é passível de se estabelecer um paralelo entre suas fontes, ou seja, quais os centros irradiadores das disposições prescritivas das normas com um conjunto de legitimados específicos encarregados de sua interpretação, aplicação.

Essa tese agasalha-se na ideia de que existe uma íntima ligação entre os modelos históricos do direito, cujo conteúdo se correlaciona com os elementos da respectiva sociedade da qual emana as suas fontes reveladoras, com a designação dos sujeitos responsáveis pela tarefa da sua interpretação.

Observação essa que serve de norte para compreender o porquê, em momentos da História do Direito, de os seus intérpretes variarem aos sabores dos interesses prevalecentes nos agregados humanos e como suas respostas se amoldaram a esses interesses.

Outrossim, percebe-se que do tudo supra dito, vem a calhar com a inicial tese de que existe uma simbiose, consequencialidade entre a sociedade e seus valores subjacentes com seu ordenamento jurídico e de que a atividade de interpretação sofre inexorável reflexo desses valores, bem como a atribuição dos escolhidos a instrumentalizarem o desvelamento do(s) sentido(s) semântico(s) das disposições imperativas também, indubitavelmente, variam à maré destes valores sociais.

Novamente se ressalte que, essa mutação histórica dos responsáveis pelo processo de interpretação do Direito bem representa a historicidade do mesmo, assim como a consequencialidade entre os elementos político-econômico-sociais e o grau de exigência dos argumentos explanados nas decisões jurídicas.

³⁵ É, antes de mais nada, “um produto da evolução humana”. Tobias Barreto (1839-1889)

Noutras palavras, nos tempos atuais, faz-se cada vez maior a necessidade da compreensão pelos jurisdicionados dos termos e raciocínios dispostos na produção do Poder Judiciário, para que o mesmo venha gozar de maior legitimidade e que suas funções típicas tenham eficácia maximizada.

Sendo que essa tarefa está nas mãos dos operadores do Direito, não apenas no rol dos tradicionais, mas sim, na esteira dessa mutação de personagens, de todos os novos intérpretes.

3.3 O desafio do intérprete na “Era da Informação”

Aqui reside um dos grandes desafios da argumentação jurídica: deixar de ser uma seara apenas de cognição dos operadores do Direito e se popularizar. É preciso que sua verdade, a qual já se conceituou de natureza consensual, seja compreendida pela população ou pelo menos deixe de ser uma linguagem criptografada. Porque a democracia, mais fortemente na contemporaneidade, tem como uma das mais notáveis características a disseminação de ideias, de informações.

Hoje, já até se consagrou o termo “A Era da Informação” como nomenclatura a adjetivar os dias atuais. Isso tudo tem forte influência das novas tecnologias da informação, as quais estão, via de regra, instrumentalizadas com suporte da rede mundial de computadores – a Internet – que tem possibilitado uma rápida e disseminada propagação da informação.

E esse fenômeno irreversível também atinge o Judiciário, pois cada vez mais as decisões jurídicas alcançam uma maior divulgação, ou seja, têm chegado ao conhecimento de um número maior de jurisdicionados.

É justamente nesse contexto de rapidez e abrangência que a produção jurisprudencial tem de ser cada vez mais precisa, ou, ao menos, buscar uma facilitação da sua interpretação por esses novos espectadores, intérpretes do direito. Sendo assim, é imperativa, a fim de torná-la mais cognoscível aos cidadãos, uma análise dos artifícios, técnicas que estão às mãos dos operadores do Direito, quando da tomada de decisões.

É de suma importância detectar quais são os complicadores, elementos que têm, normalmente, dificultado o entendimento dos julgados por parte, principalmente, dos leigos.

Os porquês de: diante de um mesmo fato, haver mais de uma interpretação, mais de uma solução; e o pior!, para o novo intérprete – cidadão leigo –, tentar convencê-lo de que uma e não a outra opção deve prevalecer – ou prevaleceu –, muito embora este tenha a convicção de que ambas são legítimas. É o que normalmente acontece na solução de um “caso difícil”³⁶.

Eis um dos grandes desafios do judiciário na modernidade: realizar a Justiça e torná-la cognoscível a “todos” em um tempo aceitável. Assim, sua legitimidade e validade restarão “asseguradas”, principalmente quando se leva em consideração o grau de maleabilidade da grande “massa” brasileira em face dos nossos lamentáveis índices educacionais, que pode ser erroneamente informada, instruída por pilantras de plantão, tão comuns no rol dos “nossos representantes”, bem como da grande mídia e seus obscuros interesses.

Olvida-se que isso se impõe como elemento de fortalecimento do Judiciário em face da sociedade como uma resposta às novas exigências comunicacionais, tendo em vista que a nossa “Era da Informação” traz no seu bojo um poder destrutivo que se afigura, quase sempre, de incontrollabilidade das notícias, boatos que são lançados “na rede”.

Vive-se na “Pós-verdade” em que, em síntese, os fatos são postos em segundo plano; não são intuitivamente perquiridos, mas as pessoas têm dado credibilidade a toda e qualquer espécie de notícia propagada nos meios de informação, principalmente, na internet.

A título de exemplo, da importância desse fenômeno, segundo matéria da Época a “Pós-verdade” foi eleita à palavra do ano de 2016:

O efeito foi tal que levou o dicionário Oxford a decretar a “pós-verdade” – a ideia de que fatos objetivos influenciam muito menos a opinião pública do que a emoção e crenças pessoais – como palavra do ano de 2016.(...) Acreditar em informações que não tenham base na realidade, mas que corroboram uma visão de mundo particular, é um traço da natureza humana amplamente documentado. São inúmeros os estudos clássicos na área de psicologia cognitiva, que estuda os processos mentais por trás do comportamento humano, que chegaram a essa conclusão, em tempos muito anteriores à internet ou ao Facebook. Tais pesquisas mostram que o poder da crença – em uma ideia, religião, afinidade política e afins – tende a suplantiar a argumentação racional baseada em fatos. Por esse motivo,

³⁶ Esta expressão decorre da doutrina Americana que diante de situações complexas, “hard cases”, pugna pela existência de mais de uma solução jurídica plausível, quando e apenas, se tem como fonte resolutive às regras jurídicas. Noutras palavras, são as lides em que o direito legislado alberga mais de uma solução “correta”, quando não há contemplar ou que, para a sua solução, surjam efeitos socialmente inadequados.

quando alguém é confrontado por informações que contrariem sua visão de mundo, as chances de que aceitará o novo dado como um fato, mudará sua opinião ou questionará o próprio sistema de crenças são um tanto baixas. É o que os psicólogos cognitivos chamam de “viés de confirmação”: a tendência que nós temos de aceitar as informações que dão suporte a nossas crenças e de rejeitar aquelas que as contradizem. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/mundo/noticia/2017/04/o-imperio-da-pos-verdade.html>> Acessado em: 18 de outubro de 2017.

Em suma, ao se transporem inicialmente, essas noções conceituais elementares do Direito, verdadeira noção pré-filosófica ao raciocínio aqui desenvolvido, a qual perpassou na compreensão de que o Direito, como uma produção da evolução humana e em consonância com suas finalidades, tem que evoluir, seja por meio da regra ou da norma, onde, por particularidades significativas, a seara da disciplina constitucional serve a demonstrá-la. Bem como que, o próprio ato/fenômeno do que se entenda por interpretar, em contexto com a inserção do direito nas Ciências Sociais, tem plausível influência na sua concretização, principalmente, como se verá, da elucidação da sua verdade.

Verdade esta que vem sendo cada vez mais difícil de se conseguir e manter, quando se leva em consideração que na nossa quadra histórica, em face das novas tecnologias da informação, o controle e a condução das informações encontram-se suplantados pela velocidade do seu tráfego. Como dito supra, vive-se na era da pós-verdade, onde cada ser interpretante pode fundamentar razoavelmente, como bem queira, suas opiniões.

Por essas considerações, passar-se-á a diante a análise de um caso prático, a fim de que seja: a uma, mais palpável a assimilação das técnicas argumentativas utilizadas e/ou utilizáveis pelos operadores do Direito, quando da produção jurisprudencial e sua correspondente “verdade”; a duas, a demonstrar que a linguagem utilizada pode ser, e tem sido, um obstáculo a compreensão pelo público maior do seu veredicto; a três, que o direito se realiza por meio do diálogo, da confrontação de teses, cuja validade e preponderância é consensual e momentânea e, a quatro, que, justamente, e, em face das observações supracitadas, a necessidade da realização da modulação dos efeitos, como defendida no presente julgado e por abalizada doutrina, para compatibilizar os elementos dissonantes, a priori, da mutação interpretativa e a segurança jurídica.

3.4 Um exemplo prático de interpretação jurídica

Do presente estudo, para sua melhor organização, dá-se por técnica a sua discussão em torno das principais teses que gravitam a matéria, seja quanto à questão de fundo, sua prescritibilidade e, por consequência, sua natureza jurídica; ou quanto da possibilidade e necessidade da modulação dos efeitos da decisão imposta, questão esta, de segundo plano.

Percorrer-se-ão as observações dos Ministros votantes com os devidos esclarecimentos e catalogações de quais foram os artifícios técnico-argumentativos por eles utilizados. Tudo isso, como já de muito dito, por sorte de trazer fundamentos da necessidade de se flexibilizar os efeitos da nulidade jurídica declarada em sede Maior, seja em qual espécie de ação esta seja admitida.

Toma-se como exemplo a decisão do Pleno do Egrégio Supremo Tribunal Federal, exarada na data de 13 de novembro de 2014, com publicação em DJe 032, publicado em 19 de fevereiro de 2015, em sede de Recurso Extraordinário Com Agravo nº. 709.212/DF, em que se discutira o prazo prescricional de cobrança dos saldos referentes aos valores do FGTS, que não foram recolhidos, na totalidade ou parcialmente, de modo e ao tempo, ao correspondente Fundo na conta vinculada ao trabalhador, que digam respeito às parcelas, numerários percebidos, seja sobre qual rubrica for, a título de remuneração.

Em síntese, a questão enfrentada pelo Pleno do STF, consistia em decidir qual o prazo prescricional; se o de 30 (trinta) anos, o até então eficaz, ou se de 5 (cinco) anos, como argumenta o Recorrente – Banco do Brasil – em sintonia com as demais parcelas trabalhistas.

O Recorrente, com fundamento na Carta Maior, em sede de RExt., pleiteia pela inconstitucionalidade dos Arts. 23, § 5º, da Lei 8.036/1990 e 55 do Regulamento do FGTS aprovado pelo Decreto 99.684/1990. Sustenta que há incompatibilidade com o Texto Constitucional, especificamente, no constante aos Arts. 7º, III e XXIX; 5º, caput, incisos II, XXVII e LIV. Aduz que a Constituição não faz diferenciação entre os saldos do FGTS e outras parcelas de ordem trabalhista. Assim, não subsiste fundamento para tal discrimine, privilégio uma vez que o inciso XXIX não o faz. Portanto, pugna pelo deferimento do Recurso e, na sua esteira, pela inconstitucionalidade das leis infraconstitucionais, no tocante ao estabelecimento do prazo trintenário da cobrança dos valores não recolhidos ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

A questão coube à Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em que se sagrou vitorioso na sua tese, sendo acompanhado pela maioria, tanto quanto à questão de fundo – prescrição do FGTS – quanto no concernente à modulação dos efeitos da presente decisão.

Pois bem, a tese vitoriosa consiste em que o prazo em discussão é o do inciso XXIX, do art. 7º da CF/88, haja vista não haver disciplina constitucional que diferencie o tempo prescricional dos valores não recolhidos, total ou parcialmente, oriundos das relações trabalhistas, sejam eles advindos do FGTS ou outras fontes. Logo, fixou-se a tese no lapso prescricional de 5 (cinco) anos e não o de 30 (trinta) anos, como historicamente e “erroneamente” vinha sendo aplicado.

Decisão sob a seguinte ementa:

Recurso extraordinário. Direito do Trabalho. Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS). Cobrança de valores não pagos. Prazo prescricional. Prescrição quinquenal. Art. 7º, XXIX, da Constituição. Superação de entendimento anterior sobre prescrição trintenária. Inconstitucionalidade dos arts. 23, § 5º, da Lei 8.036/1990 e 55 do Regulamento do FGTS aprovado pelo Decreto 99.684/1990. Segurança jurídica. Necessidade de modulação dos efeitos da decisão. Art. 27 da Lei 9.868/1999. Declaração de inconstitucionalidade com efeitos ex nunc. Recurso extraordinário a que se nega provimento. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo nº 709.212 – Distrito Federal. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 13 novembro 2014. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>> Acessado em 07 de maio de 2018, às 15h10 min.

Entretanto, como o Direito não é assim tão simples, essa mudança de entendimento não ocorreu de modo tão pacífico, mas sim com dialética entre os membros da Corte Suprema. Em que pese, quanto ao resultado prático, ser bem compreensível a mudança, a sua construção e seu entendimento perpassam por vários caminhos. De modo que não fora jogada a moeda e escolhida cara ou coroa, e aí pronto! Ou trinta ou cinco.

Pelo contrário. A representação analógico-dinâmica mais se apresenta como uma moeda posta sobre a mesa na vertical e lhe é dada uma força – um peteleco – em que a mesma, daí em diante, passa a girar em torno de si – circunvoluções –, em que não se sabe precisar a face vencedora – virada para cima –, apenas com o desenrolar dos debates tem-se um resultado: a face prescricional vista é a de 5 (cinco) anos. Mas durante o início e término o que se podia ver era uma sobreposição de

imagens, teses, de interpretações jurídicas, das mais diversas, fruto de um sem número de experiências de vida dos nobres julgadores.

Essa dinâmica de sobreposição de imagens/teses bem representa o quão difícil tem sido a compreensão dos julgados pelos novos intérpretes. Para esses novos legitimados/interessados muito das técnicas utilizadas não lhes são compreendidas; ao menos que sejam aclaradas.

É o que se pretende aqui, em que se desenvolverá a explicitação das principais teses angariadas pelos julgadores, o que tem por objetivo aclarar quais foram os fundamentos e raciocínios empregados na presente solução e, com isso, trazer à baila o exercício concreto da realização do direito posto. No mais, para que se possa testemunhar a complexidade dos interesses e, muitas das vezes, a necessidade da relativização da tradicional teoria das nulidades, mediante a modulação dos seus efeitos.

Logo, apresentar-se-á a tese consagrada vencedora por maioria de votos com seus argumentos e, em diante, as interpretações vencidas.

Segue-se o raciocínio do Relator, o qual faz uma escavação da disciplina do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço a fim de fixar a tese central para o desfecho da questão de fundo da *vexata quaestio*, qual seja: a natureza jurídica do FGTS.

Ab radice, faz uma análise histórica dos motivos/fatores ensejadores da criação do referido instituto, que segundo consta do julgado fora criado como uma alternativa – faculdade – dada aos trabalhadores em face da sua perda à estabilidade decenal. Portanto, inicialmente, teve caráter optativo, apenas depois do advento da Constituição Federal de 1988, este fundo passa a ser impositivo a “todos”.

Pois bem, o Relator traça os contornos históricos da matéria – interpretação histórica – quando relata que, inicialmente, o FGTS fora tido como de natureza previdenciária, isso porque a sua lei de regência, Lei 5.107/66, na especificidade do art. 20, determinou que segundo “o qual a cobrança judicial e administrativa dos valores devidos ao FGTS deveria ocorrer de modo análogo à cobrança das contribuições previdenciárias e com os mesmos privilégios” (*ob. Cít.* p.2).

Com suporte nesse entendimento, o Tribunal Superior do Trabalho inclinou-se pela natureza jurídica do FGTS de cunho previdenciário e, em consequência, admitiu a aplicação do art. 144 da Lei 3.807, de 26 de agosto de 1960, (Lei Orgânica da Previdência Social), “que fixava o prazo de trinta anos para a cobrança das contribuições previdenciárias”. Sendo que tal jurisprudência passou a ser

sedimentado no enunciado sumular nº 95: “é trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não recolhimento da contribuição para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço”. Editado nos idos dos anos 1980 e que, posteriormente, reiterou essa interpretação através do enunciado de nº. 362 em 2003 (*ob. Cit.* p.2).

Contudo, o Relator, aduz que o posicionamento supra do TST, que tem por cerne a dicção do art. 20 da lei 5.107/66, mostra-se superado e justifica a tomada de posição equivocada do Superior Trabalhista em face da “antiga controvérsia jurisprudencial e doutrinária acerca da natureza jurídica do FGTS” (*ob. Cit.* p.2).

Sustenta que, ao compulsar a história da criação do FGTS, houvera uma dúvida na Doutrina/Jurisprudência quanto à natureza do mesmo. E que o legislador, por intermédio do referido art. 20, acabou por induzir o Superior Trabalhista. Ou seja, desenvolvem-se aqui elementos de argumentação de cunho histórico-trabalhista, bem como conceitual, a fim de sedimentar uma base de compreensão do instituto em tela, para que, assim, possa-se dar vazão à lide.

Ao percorrer a tese da natureza trabalhista e, por consequência, quanto ao mérito, o Relator entende pela submissão da cobrança dos saldos não recolhidos do FGTS a norma constitucional constante da regra codificada nos termos dos incisos III e XXIX do art. 7º da Carta Política Maior.

Cita que ao decodificar a regra insculpida no inciso III do art. 7º, supra, o legislador originário deu “termo à celeuma doutrinária acerca da natureza jurídica” do FGTS, visto que a classificara como um direito trabalhista. Neste momento traz à baila uma interpretação generalizante quanto à prescrição a ser impositiva no trato dos direitos de ordem laboral de modo que não se extrai a exegese diferenciadora a deferir aos credores do FGTS um prazo trintenário.

Como complemento da argumentação salienta que, caso o legislador objetivasse uma disciplina diferenciada, tê-la-ia feito expressamente. Tese que é corroborada pela própria localização topográfica do direito ao fundo de garantia. Temos, pois, aqui mais uma modalidade técnico-argumentativa, qual seja, a interpretação topográfica.

Sustenta que, em que pese uma miríade de interpretações, após inserção do FGTS no rol dos direitos trabalhistas – art. 7º, III, do CF/88 – dá-se por convencido da superação das divergências. Assim se manifesta: “Desde então, tornaram-se desarrazoadas as teses anteriormente sustentadas, segundo as quais o FGTS teria natureza híbrida, tributária, previdenciária, de salário diferido, de indenização, etc.” (*ob. Cit.* p.3).

Arremata mais a diante de se tratar de um “direito de natureza complexa e multifacetária”, daí porque não nos surpreende essa pluralidade de interpretações quanto à sua essência e, concomitantemente, à sua disciplina jurídica, sendo mesmo necessário um estudo mais cauteloso dos seus fundamentos (*ob. Cit.* p. 4).

Não em vão que o Relator fora beber na fonte do direito em tela, como elemento de argumentação, ao fazer reflexão das palavras do idealizador do Fundo de Garantia, o economista e ex-ministro Roberto Campos, e de abalizada doutrina, como em tela da envergadura do constitucionalista José Afonso da Silva e Sérgio Pinto Martins.

Verifica-se, pois, mais uma alternativa linguístico-argumentativa na produção do direito – seja da criação da regra quanto da sua interpretação (norma), a busca da validação de um argumento com suporte na interpretação, ideia de uma autoridade reconhecida como de prestígio no respectivo assunto. Dito de outra forma, e por mais paradoxal que possa parecer, *prima facie*, objetiva-se atribuir autoridade a um argumento através de um argumento de uma autoridade. Mas, claro, desde que esta opinião seja abaliza e/ou a mesma não seja desfigurada e sob essa nova e desleal roupagem se lhe atribuam ideias não verdadeiras.

Pois, a interpretação “verdadeira” não comporta deslealdade intelectual, ao menos em termos éticos, “falácia do espantalho”³⁷ é tudo que se busca refutar numa construção democrática da norma. Assim também, os recursos da interpretação autoral e doutrinária são capitaneados na presente decisão como suporte da nova tese prescricional.

O STF, embora já tivesse atribuído caráter trabalhista ao FGTS, contudo, no tocante à prescrição, manteve o prazo de 30 (trinta) anos, com arrimo na tese do Tribunal Superior do Trabalho.

Outrossim, permanece demonstrando a incongruência da jurisprudência do STF, bem como a do TST, pois alega que este, muito embora tenha até reconhecido a natureza trabalhista do FGTS, ao sedimentar sua interpretação no enunciado de nº. 362 adota a aplicabilidade da norma expressa no XXIX, do art. 7º da CF/88. Porém, “de forma parcial”, na medida em que reconhece a eficácia jurídica do prazo de 2

³⁷Nota de Roda-pé 21 “Esse tipo de estratégia argumentativa falaciosa é conhecido como a “falácia do espantalho” (*straw man fallacy*). Ela consiste em defender ou atacar uma posição similar, mas diferente da posição defendida ou atacada pelos seus opositores. Primeiro a versão do seu oponente é distorcida e depois se ataca essa versão deturpada. Ver: KAHANE, 1971, p.33-36.” (STRUCHINER, 2005, p.29)

(dois) anos para a propositura da correspondente ação de cobrança, mas de modo “restritiva e até mesmo contraditória” não a prescrição quinquenal.

Neste contexto de parcialidade, restrição “imposta” pelo TST, o Relator lança mão de novos elementos argumentativos a demonstrar o desacerto da interpretação partitiva supra expressada. Vê-se:

Tal entendimento revela-se, a meu ver, além de contraditório, em dissonância com os postulados hermenêuticos da máxima eficácia das normas constitucionais e da força normativa da Constituição (BRASIL. STF. *Ob. Cit.* p.14).

Raciocínio argumentativo lançado em face da contra argumentação de que o princípio da proteção do trabalhador,

não obstante a posição central que ocupa no Direito do Trabalho, não é apto a autorizar, por si só, a interpretação (...) segundo a qual o art. 7º, XXIX, da Constituição estabeleceria apenas o prazo prescricional mínimo a ser observado pela legislação ordinária, inexistindo óbice à sua ampliação, com vistas à proteção do trabalhador (*ob. Cit.* p.14).

Ou seja, o Relator faz uma ponderação entre princípios e entende pela prevalência da máxima eficácia e força normativa da Constituição em detrimento da proteção do trabalho. Para tanto, além dos modelos técnico-argumentativos já lançados, renova o doutrinário (Douto Sérgio Pinto Martins) e traz à baila também o de que “a lei não põe palavras em vão”, e, a contrário senso – que não deixa de ser mais um artifício argumentativo – quando a lei pretende estabelecer patamares mínimos o faz expressamente. Assim, colacionou o magistério de Pinto Martins (*apud ob. Cit.* p. 15)

Quando a Constituição quis estabelecer direitos mínimos foi clara no sentido de usar as expressões 'nunca inferior' (art.7º, VII), 'no mínimo' (art. 7º, XVI e XXI), 'pelo menos' (art. 7º, XVII). No inciso XXIX do art. 7º não foram usadas tais expressões.

Em adição à motivação da prescrição em 5 (cinco) anos aduz que “o princípio da proteção do trabalhador não pode ser interpretado e aplicado de forma isolada”. Assim, cita que o estabelecimento do prazo trintenário é por demais “dilatado”. Tendo em vista que colide com a noção de segurança jurídica, sendo esta uma “necessidade de certeza e estabilidade das relações jurídicas” (*ob. Cit.* p.14).

No mais, salientou que a legislação de regência do FGTS, lei 8.036/1990, prevê artifícios para que o trabalhador possa verificar da regularidade desta verba trabalhista, de modo que não subsistirá o argumento de que a dilatação do prazo tem como fundamento de se evitar a “sua demissão ou na aplicação de sanções” mediante a utilização da via judicial na vigência do contrato de trabalho para efeito de cobranças do FGTS. Além da utilização do modelo argumentativo supra, interpretação sistêmica e noção de segurança jurídica, faz uso da lei como fundamento argumentativo. Para tanto, exemplifica mediante alguns dispositivos legais, tais como: artigos 17 e 25 da lei 8.036/1990; artigo 1º da lei 1.914/1994.

Portanto, sustenta da necessidade da revisão da tese trintenária, que por este relator já fora defendida no RE 522.897. No mais, diz que a existência desse arcabouço normativo e institucional é capaz de oferecer proteção eficaz aos interesses dos trabalhadores, revelando-se inadequado e desnecessário o esforço hermenêutico do TST. “Apta a afastar toda e qualquer tentativa de se atribuir ao artigo 7º, XXIX, da Constituição interpretação outra que não a extraída de sua literalidade” (*ob. Cit.* p.16).

Quanto ao mérito, este foi o primeiro a aderir a tese da prescrição quinquenal. Bem como, em subsequente, passa-se a discorrer da necessidade da modulação dos efeitos.

Salienta inicialmente que é praxe do Pretório Excelso “a aplicação de efeitos meramente prospectivos” quando “se altera jurisprudência longamente adotada pela corte”. Ou seja, o relator utiliza como argumento de persuasão da presente modulação a própria sistemática decisória, técnica da suprema corte. Nesse sentido, busca manter vivo o valor da segurança jurídica em face do “escopo de preservar o jurisdicionado de alterações jurisprudenciais que ocorrem sem mudança formal do Texto Magno” mantendo viva a evolução interpretativa do direito. (*ob. Cit.* p.18)

Ao explicitar o fenômeno da modulação, Karl Larenz (*apud ob. Cit.* p. 14):

os tribunais podem abandonar a sua interpretação anterior porque se convenceram que era incorrecta, que assentava em falsas suposições ou em conclusões não suficientemente seguras.

(...) O preciso momento em que deixou de ser ‘correta’ é impossível de determinar. Isto assenta em que as alterações subjacentes se efectuam na maior parte das vezes de modo contínuo e não de repente. Durante um ‘tempo intermediário’ podem ser ‘plausíveis’ ambas as coisas, a manutenção de uma interpretação constante e a passagem a uma interpretação modificada, adequada ao tempo.

Aqui, nesta passagem do seu voto, deixou-se bem clara uma das essências indubitáveis do direito, qual seja: a sua transitoriedade, a qual, Peter Häberle (*apud* ob. Cit. p. 15), diz que “não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada, ressaltando-se que interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo à realidade pública”. Noutras palavras, “o direito não é um filho do céu. É simplesmente um fenômeno histórico, um produto cultural da humanidade” (BARRETO; 2012, pp. 49-55. Org. BARRETO, Luiz Antonio). O que se impõe como uma verdadeira noção pré-filosófica. Daí a existência do fenômeno da mutação constitucional.

Contudo, diz que a tradicional orientação doutrinária de atos legítimos ou ilegítimos se mostra de assimetria aplicabilidade diante do “processo de inconstitucionalização” (*ob. Cit.* 22). Sendo necessária a modulação em face da preservação e compatibilização do fenômeno mutacional com as legítimas expectativas do jurisdicionados na manutenção de entendimentos jurisprudenciais, principalmente quando dos mais duráveis. Ou seja, novamente, ao fazer a ponderação entre princípios, aqui inerentes e antagônicos, o Relator, como é de se esperar em face nas “normas” principiológicas em colisão, utiliza o argumento metajurídico do tempo como persuasão racional do seu veto.

No mais, cita diversos precedentes jurisprudenciais frutos das Supremas Cortes norte-americana e alemã. Ou seja, lança mão da técnica argumentativa da comparação do direito constante de soberanias distintas; noutras palavras, o argumento do direito comparado.

Em síntese, vota o relator nos termos seguintes:

A modulação que se propõe consiste em atribuir a presente decisão efeitos ex nunc (prospectivos). Dessa forma, para aqueles cujo termo inicial da prescrição ocorra após a data do presente julgamento, aplica-se desde logo, o prazo de cinco anos. Por outro lado, para os casos em que o prazo prescricional já esteja em curso, aplica-se o que ocorrer primeiro: 30 anos, contados do termo inicial, ou 5 anos, a partir desta decisão (*ob. Cit.* p. 29).

Sendo assim, em conformidade à decisão de fundo, vota pela declaração de inconstitucionalidade dos artigos Arts. 23, § 5º, da Lei 8.036/1990 e 55 do Regulamento do FGTS aprovado pelo Decreto 99.684/1990.

Dada a palavra ao Ministro Luís Roberto Barroso, este quanto à sua fundamentação, em adição, faz constar que em análise do rol de Direitos constante

do art. 7º da CF/88, sua disciplina é meramente exemplificativa, o que não obstaría o elastério do prazo, mas que, “no entanto, o prazo de trinta anos parece excessivo e desarrazoado, o que compromete o princípio da segurança jurídica”. No mais, vale-se do argumento de citação de regras jurídicas para demonstrar, mediante a comparação, a desproporção dos trinta anos aplicáveis, até então, aos créditos não recolhidos ao Fundo do FGTS (*ob. Cit.* p.39-40).

Quanto à temática da modulação, vota pela sua aplicação: “a fim de não frustrar expectativas e em observância à mesma segurança jurídica que fundamenta o presente voto” (*ob. Cit.* 40).

Luís Fux também acompanha estas teses, seu voto, já de início, anda com uma máxima do pensamento jurídico romano “*Altro tempo altro diritto*”³⁸, a fim de trazer à discussão a temporalidade do direito e de demonstrar que este, como já de muito no presente trabalho dito, é um produto cambiante no tempo.

Que a presente norma em questão, ao ser analisada em face da Carta Política, deve ser contextualizado e que ao tempo da sua validação, até tinha uma justificativa de ser, mas já estamos em tempos outros. Os quais impõem, criam outros direitos.

Logo, traz como primeiro modelo de argumentação a mutação temporal do direito, bem como a historicidade desse preceito (*ob. Cit.* p.63).

Também lembra que a verba originária já prescreveu e que o FGTS, como se discute no RExt., em tela, por ser acessório, deve seguir o mesmo destino. Portanto, com suporte na técnica do *accessorium sequitur suum principale*³⁹, vem delimitando, racionalizando o seu voto, argumento da lógica jurídica, especificamente, quanto da autonomia, subsidiariedade dos direitos (*ob. Cit.* p.63).

Quando da análise do “rol do art. 7º, são todos importantíssimos e não deixam de ser prescritíveis”. Demonstra que o “mais importante é o salário e mesmo este é prescritível. Por que o FGTS não seria?” Argumento da lógica jurídica, especificamente, quanta da isonomia de tratamento, regramento de situações análogas (*ob. Cit.* p.63).

³⁸ Outro tempo, outro Direito. Tradução livre.

³⁹ Expressão de origem latina que quer significar: o acessório segue o principal. Noutras palavras, representa uma relação de consequencialidade determinística entre o principal e o seu acessório, no sentido de que o subsidiário, acessório segue o destino do elemento principal. Que no contexto do julgado em tela, tem por força argumentar que: uma vez prescrito o principal (as verbas salariais), o secundário, acessório (FGTS) também está fulminado pela prescrição.

Acresce à tese da menor prescrição que “guardar por trinta anos documentos para uma cobrança vai de encontro com a natureza humana”, sob uma “óptica interdisciplinar”. Assim, o trabalhador não esperaria tanto tempo para cobrar os créditos do Fundo de Garantia. Percebe-se, nesta passagem que a tradicional interpretação, via de regra, com suporte nos recursos hermenêuticos inflexíveis, tão caros às ideias positivistas, são suplantados e a ideia da necessidade de uma fundamentação interligada com valores, noções advindas das outras ciências, ou seja, um verdadeiro diálogo das fontes. Como dito antes, um sistema aberto e não autopoietico⁴⁰ (*ob. Cit.* p.64).

E continua, nessa senda, da interconexão de sistemas, que “só há vedação ao retrocesso quando não existem mecanismos de compensação”. O que não ocorre, pois na atualidade ao trabalhador foram deferidos: seguro desemprego; bolsa família; minha casa minha vida e outros (*ob. Cit.* p.64).

Por fim, conclui que “é o único prazo anômalo existente no sistema”, que por razoabilidade legal e jurídica sua supressão se impõe. Sendo “extremamente justo conferir segurança jurídica com a modulação”. Mais uma vez o argumento sistêmico, da razoabilidade e da segurança jurídica são capitaneados como instrumentos de persuasão (*ob. Cit.* p.65).

Em síntese, adere ao posicionamento pelo deferimento do recurso, prazo de 5 (cinco) anos de prescrição, mas com a modulação proposta nos termos do Relator.

Já a Ministra Cármen Lúcia, apesar de bem econômica nas suas palavras, fundamenta sua adesão a tese prescritiva menor com suporte nos argumentos da razoabilidade, da segurança jurídica e com esteio na dinamicidade do Direito, vota pela aplicação do prazo prescricional texturizado no art. 7º, XXIX da Carta Política (*ob. Cit.* p.67).

No mais, expressara as vênias de estilo às teses contrárias, afirma conhecer e se importar com as preocupações sublinhadas por Rosa Weber e Teori Zavascki.

O Decano, Ministro Celso de Mello, *ab initio*, vota pela “superação da diretriz jurisprudencial anterior (...), [para] firmar a tese de que é quinquenal o lapso prescricional”, com adição da modulação nos termos proposto pelo Relator (*ob. Cit.* p.74).

⁴⁰ Sobre o tema vide nota de rodapé nº 18, às p. 27.

Menciona que é praxe do Supremo Tribunal Federal disciplinar os efeitos das suas decisões quando há substancial virada da sua jurisprudência, tendo em mente que dentre tantas funções da jurisprudência é dever preservar a confiança depositada ao Estado Juiz. Argui ser da “ética do direito” essa iniciativa (*ob. Cit.* p.74).

Por fim, sintetiza os elementos de fundamentação do seu raciocínio, expostos no excerto colacionado:

Em uma palavra: os postulados da segurança jurídica, da boa-fé objetiva e da proteção da confiança, enquanto expressões do Estado Democrático de Direito, mostram-se impregnados de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, mesmo as de direito público (TRJ 191/922), em ordem a viabilizar a incidência desses mesmos princípios sobre comportamentos de qualquer dos Poderes ou órgãos do Estado, para que se preservem, desse modo, situações já consolidadas no passado (*ob. Cit.* p.77).

Portanto, com suporte nesses elementos da Teoria Geral do Direito, excerto supra, vota plena mutação da interpretação para se aplicar o prazo do inciso XXIX, do art. 7º da Carta Magna, mas com a necessidade da modulação.

Traz à baila, Ricardo Lewandowski, outras importantes informações, pois ao demonstrar que acompanhara atentamente os argumentos expostos, passa a compreender que, realmente, o FGTS não se consubstancia, apenas, em um direito de índole trabalhista, mas tem inequívocas outras finalidades. Portanto, quando da sua interpretação, não se deve analisá-lo sob uma perspectiva restritiva, ou seja, uma relação unicamente entre o empregado e empregador, mas, impõe-se, a outro giro, uma flexibilidade a englobar outros valores, sujeitos interessados. Acaba por demonstrar do quanto se fazem importantes as discussões travadas em plenário. Bem como, já deixa claro seu ponto de partida argumentativo.

Em complemento, por entender que predomina a natureza jurídica trabalhista do FGTS, acena pela imposição do prazo quinquenal. Salaria que “hoje a Fazenda Pública está devidamente aparelhada em todo o território nacional para agir rapidamente, cobrar os seus direitos” (*ob. Cit.* p.80).

Angariou, como se vê, os argumentos da natureza jurídica do FGTS, o da irrazoabilidade do prazo maior, a estruturação da Fazenda Pública *per relatione* ou

*aliunde*⁴¹ e fecha com os da necessidade da modulação, a qual acompanha o Relator, nos termos propostos.

Agora, com uma interpretação em consonância as anteriores, o Ministro Marcos Aurélio entende que a tese da prescritibilidade quinquenária é a que deve ser albergada, contudo, no concernente à modulação faz uma defesa intransigente da sua não validade.

Este começa por tecer esclarecimentos sobre o FGTS, sua natureza, sua origem e seu regramento. Faz uma distinção dos prazos constantes do inciso XXIX do art. 7º da Constituição Cidadã, no qual o de 2 (dois) anos tem natureza decadencial e o de 5 (cinco) anos tem natureza prescricional à luz dos ensinamentos de uma interpretação teleológica (*ob. Cit. p.70*).

Pondera, em seguida, que o prazo trintenário é muito elástico e que, inclusive, não encontra correspondente no Ordenamento, o qual “estaria a revelar um privilégio, e todo privilégio é odioso”. Mais uma vez o uso do argumento temporal, da sistematicidade do direito e isonomia jurídica são utilizados à tese dos 5 (cinco) anos (*ob. Cit. p.71*).

No mais, quanto ao tema de fundo, festeja o argumento de que o FGTS, por ser acessório, segue a sorte do principal, ou seja, as parcelas remuneratórias (*ob. Cit. p.72*).

Quanto à modulação, opina negativamente à sua necessidade. Em abertura, traz a noção, com suporte na realidade prática jurídica, de que o trabalhador não fica por esperar tanto tempo para a propositura da ação de cobrança. Sendo que, se aceitar a modulação, estar-se-ia permitindo

que aqueles que, até hoje, não entraram com a ação trabalhista possam entrar com essa mesma ação, em que pese o decurso dos dois anos a partir da cessação do contrato de trabalho, e também o decurso dos cinco anos. Em vez de estar-se solucionando uma problemática social, estar-se-á criando, sobrecarregando ainda mais a máquina judiciária, problema de estatura maior (*ob. Cit. p.72*).

⁴¹A motivação *per relationem* consiste na fundamentação da decisão por remissão a outras manifestações ou peças processuais constantes dos autos e cujos fundamentos justificam e integram o ato decisório proferido. A motivação *aliunde*, ou seja, a mera referência, no ato, à sua concordância com anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, pode também ser entendida como forma de suprimimento da motivação do ato. Disponível em: <<https://www.espacojuridico.com/pfn-agu/?p=395>> Acessado em: 07 de maio de 2018, às 17h30min.

Assim, ao modelo técnico-argumentativo de que a modulação, proposta do Relator, mais geraria insegurança e desordem que pacificação, não aceita a modulação.

Por derradeiro, preceitua que a modulação é um estímulo à edição de Leis conflitantes à Constituição, bem como se reveste do “famoso jeitinho” (*ob. Cit.* p.73).

Defere o Recurso, em parte, para que se restrinja à prescrição quinquenal, com imediatos efeitos. Sendo, o único a permanecer fiel à tese da não necessidade da aplicação da técnica da modulação. Pois, é signatário da corrente doutrinária que não aceita a flexibilização dos efeitos da nulidade jurídica. Este ministro, assim, dentre julgadores ora em tela, é o único, quando daquele julgado, a não só julgá-la desnecessária, bem como inválida como um todo. O que, felizmente, representa uma corrente minoritária, não só àquele colegiado, mas sim na doutrina, haja vista a validade da técnica em discussão como artifício da evolução jurídica a realizar uma interface entre os polos conflitantes.

Em síntese, é de se concluir que a tese vencedora fora fundamentada por seus intérpretes com uma pluralidade de artifícios técnico-argumentativos dos mais variados, não só modelos eminentemente jurídicos, mas sim por outras considerações de natureza extrajurídicas.

A outro giro, como se sabe, a tese também encontrara resistências. Houve interpretações que pugnaram pela manutenção da prescrição maior (30 anos), o que só expressa a essência da presente disciplina. O que se julga válido, pois é da dialética que surge a validade do direito.

Pois bem, perfilaram a tese vencida os seguintes argumentos:

O saudoso Teori Zavaski, de início, já busca delimitar a abrangência da presente decisão ao indagar sobre a quem ela restringiria o prazo em tela.

Teori, no seu voto, diverge quanto à questão de fundo (prazo prescricional) ao argumento de que, ao analisar a legislação em regência, entende que a prescrição imposta pelo inciso XXIX do art. 7º da Constituição Federal diz respeito aos créditos entre os empregados e empregadores. Isso porque ele sustentou que o “titular natural da cobrança é o Fundo de Garantia”. Em conclusão, o Ministro Teori Zavascki, após sanar iniciais dúvidas, diga-se de passagem, elementares da disciplina em tela, vota pela manutenção da prescrição trintenária da cobrança dos saldos não recolhidos, no todo ou em parte, de modo e ao tempo, do FGTS. Ao argumento último de que existem duas relações díspares: uma entre o Fundo e o Empregador e outra entre o Fundo e

o empregado. Sendo que, quanto às ações de cobrança propostas pelo Fundo em face do empregador, seu prazo prescricional permanece trintenário.

Em contraposição, quando se tratar das ações de cobrança propostas pelos empregados em face do empregador, tendo por objeto os numerários referentes ao FGTS, seu prazo prescricional não pode ser de dois anos, como “implicitamente” afirma o Relator:

Enfim, eu dou uma interpretação ao inciso XXIX do artigo 7º da Constituição no sentido de que se aplica às ações em que os empregados estão reclamando verbas diretamente decorrentes do contrato de trabalho em seu favor, devidos pelo empregador. No caso de Fundo de Garantia, há uma relação intermediária (ob. Cit.38).

Por derradeiro, a Ministra Rosa Weber acompanha a divergência aberta pelo Ministro Teori Zavascki e aduz que deve prevalecer o prazo trintenário e, conseqüentemente, a não necessidade de modulação. Mas, caso seja vencida no mérito, desde já se inclina pela imposição da modulação deferida pelo Relator nos seus termos postos (*ob. Cit.43*).

Traz à discussão o argumento de que o prazo em questão, qual seja, de 30 (trinta) anos está protegido pelo princípio da vedação do retrocesso social. Pois, quando do estudo dos elementos principiológicos que sustentam a disciplina trabalhista, a matriz da proteção do trabalhador erige-se como tema central.

Outra objeção, o núcleo protetivo ao trabalhador faz gerar a mobilidade hierárquica das normas trabalhistas, sendo que, em função do princípio da norma mais favorável, deve-se deferir maior imperatividade àquelas mais benéficas ao hipossuficiente da relação trabalhista/empregatícia.

Com arrimo nos argumentos principiológicos supra expressados, Rosa Weber festeja a tese de que o legislador constitucional estabeleceu apenas um prazo.

Então, põe em prática como elementos técnico-argumentativos a fim de persuadir seus pares quanto à validade, racionalidade de sua construção os arquétipos da interpretação analógica, subsidiariedade das normas na esteira do diálogo das fontes, em adição com o já dito argumento citatório de normas.

Sustenta que a natureza jurídica do FGTS não se circunscreve exclusivamente em trabalhista.

Finaliza sua participação nas discussões em pleno, para votar pela constitucionalidade Arts. 23, § 5º, da Lei 8.036/1990 e 55 do Regulamento do FGTS aprovado pelo Decreto 99.684/1990

Pois bem, perpassados esses 9 (nove) votos, fica bem claro a dificuldade do papel do intérprete do direito, cujas atribuições são desenvolvidas no campo da racionalidade argumentativa. A qual, como fora dito, já nas linhas iniciais do trabalho, mostra-se de salutar pluralidade, complexidade em face das diversidades sociais, tão comuns em sociedades como a nossa.

Assim, o desvelamento da produção interpretativa não se mostra algo fácil, mas sim uma luta de teses e contrateses, bem ao modo dos jogos de interesses e poderes intrínsecos ao direito. E isso fica bem demonstrado quando da análise desta decisão. O que bem alberga a ideia de sobreposição de tese/imagens dos julgados, principalmente, para os novos intérpretes do direito, que não estão familiarizados com os arquétipos de argumentação.

Tudo isso só vem a corroborar a concepção da necessidade de um esclarecimento dos elementos do direito, na especificidade, do fenômeno da interpretação e suas técnicas hermenêuticas e seus labirintos hipotético-fundamentacionais, como elemento de entendimento da sua indispensabilidade e que a pluralidade de julgados não representa uma incoerência desta ciência, mas sim compositivo da mesma.

Esses foram, em resumo, os argumentos elencados na presente decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, exarada no Recurso Extraordinário com Agravo nº. 709.212/DF. Em que, por maioria, a tese da modulação dos efeitos se fizera válida e necessária a preservar a boa-fé objetiva, a segurança jurídica e a proteção da confiança, dentre outros.

3.5 A jurisprudência como expressão prática da interpretação

O ato/fenômeno de interpretar, como supra exposto, representa uma das manifestações mais particulares do *Homo sapiens*; desde que, claro, compreenda-se tal característica sob a óptica da racionalidade em que, por intermédio de artifícios/técnicas metodológicos, visa-se à consecução de uma finalidade determinada, ou seja, pré-compreendida, na qual sua eficácia e adequação podem ser aferidas tanto abstrata quanto pragmaticamente.

Pois bem, como conceituado, rememore-se, a interpretação corresponde ao ato/fenômeno humano pelo qual o homem, através da sua razão, operacionaliza os elementos pré-introjetados pelos sentidos, enquanto estes são indispensáveis (natureza pré-filosófica) à compreensão dos mundos que o circundam, aos quais lhes são atribuídos valores⁴².

Nessa atribuição valorativa aos elementos existentes, sejam materiais e/ou imateriais, tem-se uma resposta, uma produção humana às suas necessidades, sendo que, a depender do objeto ramo em questão, ser-lhe-ão aglutinados pontos de aproximação.

Assim, ao valorar as relações humanas com suas particularidades relacionais e comunicacionais, o *Homo sapiens* tenta discipliná-las por intermédio de disposições prescritivo-normativas. Sendo que, como se sabe a essa altura, cabe ao Poder Legislativo essa tarefa, principalmente, e ao Judiciário, em adição. Este ao corporificar sua atuação através das decisões judiciais, que também podem ser conceitualmente adjetivadas de Jurisprudência, exerce a função de pacificação social.

Ensina a Etimologia que:

“a palavra ‘jurisprudência’ tem sua origem no latim JURISPRUDENTIA, que significava ‘a ciência da lei’. Este termo latino é composto por JURIS, ‘referente ao direito, à lei’, que por sua vez é derivado de JUS, ‘correto, direito’. JURIS também é a origem etimológica de ‘jurídico’. O outro termo que compõe JURISPRUDENTIA é PRUDENTIA, que significa ‘conhecimento’. Disponível em: <<https://www.gramatica.net.br/origem-das-palavras/etimologia-de-jurisprudencia/>> Acessado em: 03/12/2017.

Tem-se, pois, que por intermédio da análise do acervo decisório, jurisprudencial, *lato sensu*, seja possível compreender, sob uma perspectiva prática, como está o estado da arte interpretativa do direito. E, justamente, foi com essa função que se fez o estudo de caso expressado no tópico anterior.

Não se objetivava discorrer e/ou emitir um juízo de valor quanto ao mérito do acerto ou não, mas sim exemplificar, aclarar o exercício interpretativo, bem como trazer à baila, de forma mais cognoscível, a identificação dos modelos técnico-argumentativos da paráfrase interpretativa das regras jurídicas.

A explanação das técnicas tem por sorte demonstrar os percursos dos raciocínios desenvolvidos pelos operadores do direito para que aquela confusa visão

⁴² Para consultar a presente conceituação, vide o capítulo 3.1 O que é interpretar a partir da p. 39.

de sobreposição de tese/imagens seja “dirimida”; assim, por conseguinte, os destinatários das decisões, sejam as partes diretamente envolvidas sejam os novos espectadores do direito, possam entender a produção jurídica.

Isso se impõe como necessidade para que à Lei seja não apenas uma imposição violenta, mas tenha sua imperatividade legitimada pela comunidade submetida à sua soberania. Tão fortemente almejada nos contornos ideológicos dos atuais Estados Nacionais, como o nosso em que se prefigura como um Estado democrático de direito e republicano.

Nessa pegada, surge um dos grandes triunfos do processo argumentativo: demonstrar e convencer da validade das decisões judiciais. Noutros termos, construir uma verdade sobre suas respostas aos conflitos sociais, mas não uma verdade absoluta e dogmatizada em preceitos divinizados, e sim uma verdade passível de demonstração racional metodológica fundamentada no consenso dos seus produtores/destinatários.

Daí pertinente é indagar: a que “verdade” se chegou o caso analisado?

Em apertada síntese, fora dialeticamente estabelecido um consenso de que a norma prevalecente, válida impositiva à questão *sub judici*, era a que consta do texto do inciso XXIX do art. 7º da Constituição Federal de 1988. Em detrimento da tratativa anterior que sustentava a aplicação diferenciada, ao atribuir um prazo diferenciado (privilegiado) aos créditos trabalhistas compositivos do FGTS. Assim, o prazo prescricional aplicável em tela é o de 5 (cinco) anos.

Aqui, finalmente, é chegado o momento adequado ao entendimento do que se entende por verdade e qual sua modelagem na seara da Ciência Jurídica. Tendo em vista que, por intermédio dessa compreensão, verdadeiramente será aceita a necessidade de uma melhor compreensão do fenômeno da interpretação com sua dinamicidade e particularidades linguístico-comunicacionais, a fundamentar a validade da modulação dos efeitos de uma decisão judicial como interface dos polos antagônicos do direito (mutação da interpretação e segurança jurídica), como uma técnica de pacificação social.

3.6 Que verdade é a do tipo jurisprudencial

Atribuir um conceito ao vocábulo verdade é sem dúvida uma incursão ao terreno movediço da controvérsia. Sendo um dos elementos mais intrincados com o Homem

e com tudo que se relaciona ao mesmo, a noção de verdade tem uma polissemia arraigada nos contornos da História Humana.

Seja qual for o postulado inicial utilizado, ter-se-á uma miríade de objeções quanto às suas conclusões e quanto aos seus raciocínios/processos percorridos. Sendo assim, objetivamente e não por desimportância à temática filosófica inerente ao tema, conceitua-se aqui, como já nas iniciais passagens do presente trabalho⁴³, a verdade produzida pela ciência jurídica como: um construído fruto do consenso argumentativo dos seus operadores.

A adoção deste postulado não é senão a confirmação da reciprocidade entre os elementos compositivos do direito, pois este saber tem imbuído uma verdadeira necessidade interdisciplinar plurissubjetiva. Logo, não se pode falar em direito sem entender que o mesmo é um dado da pluralidade existencial do homem.

Partindo-se do paradigma da sua fonte, que em derradeira análise advém das realidades sociais, é inexorável que diante de todo o seu mutacionismo pragmático-conceitual-histórico, o seu produto também assim seja, bem como os seus fundamentos valorativo-sustentacionais.

Quer-se dizer que: como o Direito é, indubitavelmente, mutável no tempo e espaço, suas normas também o são. Daí, conseqüentemente, é de se admitir que nessa senda, suas ideias, seus valores, seus entendimentos sofram dessa mesma maleabilidade semântico-linguística. O que, sem dúvida, tem gerado insatisfações e contradições ao longo dos tempos, contribuindo, portanto, para o seu não entendimento.

Todavia, para tanto, somente por meio de uma construção consensual se possibilita sua validação, frente às mais diversas lides. Haja vista a imperativa necessidade performática da verdade para que o direito, ou seja, ela própria, possa continuar sendo um saber metódico validado pelos valores contemporâneos e ulteriores, destinado ao cumprimento de importantíssimas funções sociais, as quais são nada menos do que: o regramento do *Homo Sapiens* e seus mundos.

A consensualidade como parâmetro da verdade jurídica vem a expressar, portanto, sua conformação à correspondente Ciência da qual emana e suas particularidades epistêmicas e práticas.

⁴³ A adjetivação-conceitual da noção de verdade jurídica fora dada em inúmeras passagens desta obra, sendo a primeira já no Capítulo Introdutório. Para tanto, vide capítulo 1. Introdução, a partir da página 8.

Uma vez que o jurídico se insere no gênero das Ciências Humanas, digam-se Sociais Aplicadas, é intuitivo que sua verdade não venha a se fundamentar em paradigmas imóveis ou “mais restritos” como característico das que se inserem nos gêneros das Exatas ou Biológicas/Saúde.

Em que pese no mundo hodierno, cada vez mais dá-se credibilidade às verdades fundamentas em modelos matemáticos, nos quais, via de regra, a demonstrabilidade dos seus elementos é aferida com significativa certeza, chegando-se até mesmo a se erigir como uma nova modalidade de Religião, o “dataísmo”⁴⁴⁻⁴⁵, a seara jurídico-normativa “ainda” se faz valer da necessidade irrenunciável de uma boa argumentação, fundamentalmente, com suporte na Teoria da Linguagem.

A realidade albergada, interpretada e produzida pelo direito tem, assim, de ser estudada, por fim de um apurado entendimento, percorrendo-se os meandros inerentes à Teoria da Linguagem e Comunicacional para se poder, agora sim com maior profundidade, buscar lançar luz na penumbra da incompreensão tão comum que, quase sempre, posta-se diante dos intérpretes jurídicos e, principalmente, dos novos expectadores do Direito.

Portanto, na esteira do presente percurso redacional monográfico, do que até aqui exposto, ao se transporem fases de compreensão iniciais, faz-se necessário uma incursão mais detalhada de alguns complicadores, justificadores do fenômeno da pluralidade da interpretação.

Tenta-se por interesse justificar e argumentar mesmo da inerência, indispensabilidade da presente característica e assim, ao menos, conferir uma maior aceitabilidade à produção jurídica em face das mais contraditórias aspirações humanas tanto individuais quanto coletivamente. O que, por fim, vem a sedimentar a ideia de que esta característica se justifica e tem diversas fontes geradoras, as quais se inter-relacionam numa profusão sem fim.

⁴⁴O “Dataísmo” consiste em uma religião segunda a tese do historiador Yuval Noah Harari, que a conceitua como: “um sistema de normas e valores humanos que se baseia na crença em uma ordem sobre-humana.” Neste sentido, para o referido autor, são exemplos de Religiões: o Islamismo, o Budismo, o Comunismo, o Capitalismo, dentre outras expressões da sua obra *Sapiens, Uma breve história da humanidade* (24^o ed. 2015, p.236).

⁴⁵ Para melhor estudo da Religião do Dataísmo, consultar a obra continuativa de mesmo autor: *Homo Deus, uma breve história do amanhã*. Especificamente nas lições contidas nas páginas 370 ss. Em que, apregoa: “segundo o dataísmo, o Universo consiste num fluxo de dados e o valor de qualquer fenômeno ou entidade é determinado por sua contribuição ao processamento de dados.” Onde o dataísmo tem como sua fonte de autoridade e significado a “informação”. Ou seja, venera-se os dados e não os homens ou Deuses (2016, p.370).

Nesta pegada – multifacetária – o mestre Miguel Reale (2002) já expressara que “um fato, não é um fato isolado, mas sim: um fato e suas circunstâncias”. Essa lição do saudoso pensador do direito pátrio bem representa qual é abordagem que um operador do direito deve ter diante do seu material de trabalho e, por conexão, dos seus destinatários.

Não sem motivos, quando da perplexidade tida por estes ao verem mais de uma opinião, interpretação jurídica para uma mesma situação fática, não se deve ter uma postura de crítica, mas sim, é de se aceitar a incognoscibilidade da mesma. Isso porque o leigo jurídico ao não estar familiarizado com a linguagem jurídica acaba, por lógica e com inegável razão, duvidando do seu acerto, da sua verdade.

E essa, reprise-se, fora a inicial problemática, constatação que gerou as primeiras observações, as quais culminaram na chegada da presente tese por este acadêmico. Como problematizado na introdução supra: como compatibilizar a não aceitação da mudança da jurisprudência, que em recorrentes casos são incompreensíveis aos seus destinatários e, por consequência, sua legitimidade questionada, com, em outro polo, a legítima expectativa da sua manutenção? Sendo, ambas essas expressões inerentes ao Direito, o que fazer? Como compatibilizá-las? Como solução apta julga-se e fundamenta-se, aqui, que a modulação dos efeitos seja um recurso louvável como mais a diante se verá.

Por isso, em não tendo eles como identificarem, *a priori*, os “fatos circunstanciais” que gravitam a lide *sub judici*, uma vez que estes são das mais diversas ordens, como demonstradas nos capítulos anteriores, sejam elas práticas, filosóficas, econômicas, políticas, sociais, da própria natureza humana (na sua individualidade ou em coletivo), seja em razão do ato/fenômeno de interpretar, bem como da sua verdade e, mais ainda, por influência das suas particularidades linguísticas (o “juridiquês”), a elucidação dos contornos da matéria em baila se justifica (REALE, 2002).

Para sanar – amenizar para ser mais modesto – aquela ocultação, passam-se a discorrer alguns complicadores da aproximação homogênea interpretativa dentre os legitimados, mais especificamente, no que versa sobre aspectos da linguagem. E assim, mais uma vez, da necessidade das técnicas argumentativas no desvelamento da “verdade” jurídica consensualista. Justamente, por fim principal, e mais uma vez, demonstrar do antagonismo do direito (de alguns dos seus elementos), e endossar a tese da necessidade de técnicas compatibilizadoras como a já tão falada modulação.

3.7 Das Intoxicações Linguísticas

Como já fora exposto nas lições pretéritas da presente obra, é de se compreender que o Direito, por sua complexidade, tenha uma série de “nós” quando da sua realização. É sabido que o mundo deontológico sedimentado nas prescrições normativas, seja na sua criação, seja na sua aplicação como na sua interpretação, passa por inúmeras instâncias de obstáculos.

Estas são de ordens políticas, históricas, econômicas e sociológicas, mas na presente passagem dar-se-á primazia à ordem da linguagem, que tem sido uma importante fonte de incompreensões, principalmente, pelos cidadãos.

Logo de início, faz-se uso das lições de Noel Struchinier, que vaticina da existência de três questões enfrentadas pelos operadores do direito ao implementá-lo. Sendo a questão ontológica, a questão lógica e a questão semântica, que versam sobre o problema das lacunas normativas, do conflito de normas e das indeterminações linguísticas, respectivamente (2005, p.17).

Pois bem, como no decorrer do presente fora trabalhada as duas primeiras e por fim de evitar repetições, a questão semântica é o que se segue.

Para o autor em tela “o Direito não deve ser identificado utilizando critérios valorativos, mas sim critérios fáticos, empíricos e objetivos” (*ob.Cit.* p.31). Sendo que sua vantagem consiste em na

neutralidade com a qual é possível identificar e descrever o direito de um grupo social sem se comprometer valorativamente com o conteúdo das normas jurídicas. A definição do direito não está comprometida axiologicamente com as normas jurídicas (*ob.Cit.*, p.31).

Essa sua tomada de posição tem por base sua adesão ao Positivismo Conceitual, no qual o “direito é identificado por meio de um critério de fonte e não um critério de mérito” (*ob.Cit.*, p.35). Aduz que outros problemas são, assim, levantados em momentos outros, que não agora, inicialmente, quando do que se queira dizer e entender o que seja o direito. São as questões “axiológicas” postergadas e separadas da identificação do direito.

Isso conduz a que “As Perguntas Certas [sejam feitas] no Momento Adequado” (*ob.Cit.* p.52), o que vem a representar uma melhor unidade quanto da identificação do direito. Haja vista da pluralidade inerente à valoração dos critérios meritórios das

normas. Como demonstrado quando da análise do ato/fenômeno da interpretação supra.

Portanto, ao partir da norma objetivamente identificada, passa-se a sedimentar algumas das suas características às quais expressam fatores, causas que justificam dificuldades enfrentadas pelos operadores jurídicos e seus destinatários.

Nesta diretriz, como exemplo, pode-se citar a produção do filósofo Herbert Lionel Adolphus Hart (Struchinier, *ob.Cit.* p.57); com este maior afinidade e aceitação, tendo em vista que o mesmo

Hart emprega não só os métodos analíticos tradicionais, mas engloba na sua análise os mais novos métodos de análise da linguagem introduzidos pelo segundo Wittgenstein e alguns de seus discípulos, como Friedrich Waismann e Peter Winch, assim como pela filosofia da linguagem ordinária de Oxford, que o próprio Hart ajudou a desenvolver.

É justamente em face da teorização inovativa sobre as implicações da linguagem na norma desenvolvida e aperfeiçoada por Hart com inegáveis contribuições, que Noel Struchinier a utiliza. Daí arreta que:

A preocupação e a seriedade com que Hart descreve o fenômeno do direito por meio da investigação da natureza da linguagem fazem com que ele seja considerado o precursor da abordagem conhecida como *linguistic jurisprudence* (*ob.Cit.*, p.58).

E continua este na explicitação dos valores doutrinários daquele:

Além disso, ele é o primeiro filósofo do direito a adotar, na construção de sua jurisprudência analítica, certas noções da filosofia da linguagem contemporânea, merecendo um destaque especial o seu emprego da ideia de textura aberta da linguagem para discutir a potencial vaguidade das regras jurídicas, e a sua sociologia descritiva, que envolve uma análise dos usos de certos conceitos jurídicos e conceitos afins pelos praticantes da atividade jurídica (*ob.Cit.*, p.58).

Em razão da multiplicidade de fatores conformativos do direito, leia-se “de certos pressupostos fáticos, sociológicos e históricos” (*ob.Cit.*, p.78), é inegável que se constatem lacunas normativas e que, no afã da sua supressão, artifícios sejam utilizados, tais como o uso de conceitos indeterminados, cláusulas gerais, “conceitos morais amplos” (*ob.Cit.*, p.79). Isso porque

Na medida em que o direito pretende lidar com uma gama muito grande de casos, mas não tem como antecipar todos os casos possíveis, o sistema opta por enfraquecer o caráter do fechamento em prol de uma maior completude, incorporando conceitos gerais, vagos e controvertidos (ob.Cit., p.79).

Contudo, como condição *sine qua non*, surgem outros problemas de ordem linguística: as tais “intoxicações linguísticas”. Sendo estas causas de grandes confusões no manejo da ciência jurídica, e que se de muito necessário seu esclarecimento, reconhecimento para os operadores tradicionais, mais ainda em face dos novos legitimados a interpretarem as regras.

E aqui reside, pode-se assim dizer, em escala menor, uma exemplificação da dualidade inerente ao direito, de como exemplo a trabalhada na presente tese. A dicotomia entre a necessidade do regramento das condutas sociais, em fricção com a impossibilidade da previsibilidade normativa, gera então, uma relação de contraditoreidade, pois a imprevisibilidade é combatida por conceitos menos rígidos, o que gera, paradoxalmente, uma amplitude linguística de significados e, por causalidade: incerteza, insegurança jurídica; contudo, o objetivo inicialmente pretendido fora, justamente, o contrário efeito.

Compreende-se, dentre outras hipóteses, que esses complicadores são derivados da impossibilidade de se determinar, num caso concreto, a norma a ser aplicada, muito embora tenham-se presentes todos os elementos “necessários” à subsunção do(s) fato(s) à(s) norma(s). É o que se vem conceituando, em suporte na doutrina de Hart, de “lacuna de Reconhecimento”, em que, reprise-se:

Trata-se do problema das intoxicações linguísticas, ou da indeterminação semântica dos termos gerais empregados na norma. Mesmo se conhecemos todos os fatos de um caso particular, ainda assim é possível não sabermos se ele deve ser inserido dentro da regra geral ou não (ob.cit.79).

Segue-se uma exemplificação, de ordem a manejar uma melhor análise do que se pretende expressar com essa assertiva, da lavra do próprio Hart:

Nós podemos saber que Tício pagou a Simprônio uma quantia x pela casa. Porém, podemos não saber se essa quantia é suficiente para considerar a transferência como sendo onerosa ou não. Se a quantia paga é muito inferior ao valor de mercado da casa, talvez a transferência não seja uma venda, mas sim uma doação ou um presente disfarçado (ALCHOURRÓN e BULYGIN, 1971, p.32). Quando temos uma regra do tipo "Se a transferência de uma propriedade for onerosa, então ela será tratada da maneira y" e "Se a transferência não for onerosa, então será tratada da maneira z", então não existe uma falta de solução oferecida pelo sistema jurídico. A nossa

perplexidade se dá em função da indeterminação semântica da palavra "onerosa". Nos casos em que não sabemos a solução de um caso particular porque não sabemos em qual predicado factual ele deve ser incluído, fala-se em lacunas de reconhecimento (*gaps of recognition*) (ob.cit.96).

Porém, afirma-se que este tipo de problema não é passível de solução em definitivo em função da "textura aberta da linguagem" e da "vaguidade" que sempre farão presente a indeterminação linguística (ob.cit.96).

Pois bem, estes ensinamentos bem representam e demonstram um dos fatores ensejadores da mutação da interpretação jurídica e, conseqüentemente, da aplicação do direito, já tão discutida nas iniciais orações da presente obra.

O que se quer demonstrar é que: esses fenômenos, por suas particularidades filosófico-linguísticas, são, indubitavelmente, um dos maiores obstáculos à cognição das decisões jurídicas, principalmente, pelos novos intérpretes do direito. E que, entendê-los só vem a contribuir para a legitimação da ordem legal pela comunidade social.

Assim, passa-se a descrever do que se tratam destes fenômenos.

Para tanto, cita-se excerto da tese de referência – Struchinier – que, apesar de extensa, é lapidar ao discorrer sobre o tema:

A noção de 'textura aberta da linguagem', empregada de forma pioneira pelo filósofo da linguagem Friedrich Waismann, surge como resposta à tentativa dos positivistas lógicos de identificar o significado de uma afirmação com o seu método de verificação. Waismann percebe uma falha capaz de comprometer a agenda dos positivistas lógicos. Afinal, se o método de verificação confere o próprio significado da afirmação, a consequência lógica é que as afirmações (principalmente as afirmações empíricas e psicológicas que constituem o foco de interesse de Waismann) deveriam poder ser traduzidas nas experiências que constituem o método de verificação. Porém, no artigo "Verifiability" (que quer dizer 'verificabilidade' ou 'sobre a possibilidade de verificação'), Waismann (1978) constata que, em muitos casos, tal redução não é possível e que, em função da textura aberta da linguagem, o significado das afirmações não se esgota com o fornecimento de um conjunto finito de experiências. Em outras palavras, muito embora a verificação de um conjunto finito de experiências possa funcionar como 'condição de assertibilidade' (*assertability condition*) de uma afirmação, muitas vezes não é logicamente suficiente para esgotar o significado da mesma. A relação entre significado e método de verificação é mais sutil, como é possível perceber a partir de alguns exemplos mirabolantes descritos pelo próprio Waismann:

Suponha que eu tenho que verificar a afirmação 'Tem um gato no quarto ao lado'; suponha que eu vá para o quarto ao lado, abra a porta e, de fato, veja um gato. Será que isso é suficiente para provar minha afirmação? Ou, devo, além disso, tocar no gato, acariciá-lo e induzi-lo a ronronar?... Mas, o que devo dizer se mais tarde aquela criatura crescer assumindo um tamanho gigantesco? Ou se aquela criatura vier a mostrar um comportamento esquisito, que não se encontra nos gatos, como, por exemplo, sob certas

condições essa criatura ressuscitasse da morte, enquanto gatos normais não fariam isso? Devo eu, nesse caso, dizer que passou a existir uma nova espécie de animal? Ou que aquela criatura era um gato com propriedades extraordinárias? (WAISMANN, 1978, p.119)

Suponha que eu me depare com um ser que se parece com um homem, fala feito um homem, se comporta como um homem e tem só um palmo de altura – devo eu dizer que se trata de um homem? (WAISMANN, 1978, p.120) (ob.cit.97/98).

Vaticina que essa textura aberta dos conceitos empíricos normalmente advém da “incompletude essencial” das descrições empíricas. Ou seja, que por mais que se objetive descrever algo ou alguém, sempre se buscando incluir todas as suas características, por todos os seus lados, essa empreitada mostrar-se-á impossível. Isso porque, na esteira da lógica pragmática, sempre surgirão novas classificações, molduras às quais não se amoldarão aos contornos traçados anteriormente.

Assim complementa fundamentadamente:

Afinal, nós somos falíveis, nossos valores estão em constante mudança e o próprio mundo está em constante mudança. Todas essas coisas fazem com que seja impossível esgotar todas as características relevantes para a aplicação de um conceito. Sempre vai poder surgir um caso na região de penumbra do significado do termo geral que vai suscitar dúvidas sobre se ele deve ser aplicado ou não. ‘A textura aberta é essa característica indelével da linguagem, a consequência do confronto entre uma linguagem fixa e um mundo desconhecido em constante mudança’ (SCHAUER, 1998d, p.36) (ob.cit.98/99).

Interessante notar que, essa percepção só fora possível após uma virada de paradigma por parte do Filósofo da Linguagem Wittgenstein (1996), que abandona a “teoria pitoresca do significado” e passa a admitir a interdisciplinaridade da linguagem. No sentido de que:

Ele abandona a ideia de um único modelo capaz de dar sentido à linguagem e incorpora as noções de jogos de linguagem e semelhança de família na sua filosofia para mostrar como, apesar da heterogeneidade da linguagem, ela ainda assim funciona. Trata-se de uma visão não essencialista da linguagem. De acordo com o segundo Wittgenstein, a linguagem não é sempre uma representação dos fatos do real, mas sim uma atividade, capaz de exercer uma pletera de funções divergentes. Consequentemente, os termos que compõem as proposições deixam de ser substituições dos objetos do real no âmbito da linguagem e passam a ser considerados como ferramentas, que podem ser usadas de maneiras diferentes, dependendo da função que devem realizar (ob.cit.100).

Essa flexibilização decorre das noções dos “jogos de linguagem” e “semelhança de família”, em que aquela vem a representar a ideia de que “assim como ocorre nos

jogos, os fenômenos conhecidos como "linguagem" não possuem uma única característica comum que percorre e pode ser identificada em todas as suas instâncias" e esta, "o tipo de semelhança que existe entre os diferentes jogos" (*ob.Cit.101*).

Em seguida, arremata:

As atividades compreendidas pelo conceito 'linguagem' apresentam uma semelhança de família. Não existe uma única essência comum entre os fenômenos que chamamos de linguagem, mas sim uma semelhança do tipo que existe entre os jogos. Além disso, a própria linguagem contém proposições construídas por termos cujas diversas situações de aplicação estão relacionadas por uma semelhança de família. A miríade de situações em que um mesmo termo é empregado estão conectadas por uma semelhança de família (*ob.cit.101*).

Sendo que as palavras que têm uma afinidade ao ponto de serem pertencentes à mesma família são possuidoras de uma flexibilidade semântica ampla de modo que, por mais que se queiram pré-fixar modelos restritos de significação, suas ideias nunca serão emolduradas, pois seus "sentidos significativos" dependem do contexto em que estejam inseridos. Daí que, ao máximo, será possível vislumbrar a capacidade de pré-compreender, projetar funções semânticas similares, mas não se pode dizer com certeza e completude um rol. Isso bem exemplifica que o fenômeno da mutação interpretativa do direito é algo não prescindível a essa ciência.

Logo, essa capacidade semântico-performática que é encontrada nos "termos que apresentam uma semelhança de família é compartilhado pelos termos que apresentam uma textura aberta (*ob.Cit.103*)".

Em síntese, é de se concluir que essas mutabilidades decorrem não por, necessariamente, uma atecnia dos legisladores ou dos responsáveis pela interpretação do direito, mas sim de um problema inerente à linguagem. Portanto, "as dúvidas não são provenientes de defeitos no sistema, mas são concernentes à classificação dos casos particulares dentro dos casos genéricos previstos pelo código" (*ob.Cit.107*).

Daí porque ser compreensível e justificável, por múltiplas facetas, as divergências de interpretações apresentadas pelas partes no exemplo jurisprudencial apresentado: qual a prescrição aplicável ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço? Em que pese a solução daquela lide deu-se em torno da técnica de prevalência da norma superior na hierarquia, o cerne, entretanto, adveio de uma regressão em que

se precisara qual a verdadeira natureza jurídica do FGTS. E aqui sim, nesta classificação, houvera uma forte presença dos Códigos Linguísticos cuja textura seja aberta.

De modo que, no esteio da interpretação Hartiana (*apud* Struchinier *ob.cit.*110).

reconhecem que o poder discricionário que é deixado para o juiz pela linguagem é, em certas ocasiões, tão amplo, que se ele aplicar a regra, a conclusão constitui, na verdade, uma escolha (HART, 1998, p.127). Mas isso não quer dizer que essa escolha seja arbitrária ou irracional.

Nesta senda, conclui-se, parcialmente, que diante de a linguagem imbuir características comunicacionais inerentes e que cujas implicações trarão dificuldades e incompreensões aos destinatários e seus operados, aclarar quais sejam algumas das hipóteses às causas mostra-se de suma importância para a efetivação da Justiça Social.

Logo, a mutação da interpretação jurídica é fenômeno compositivo do direito que dá mobilidade a este e que sua gênese é complexa, sendo de ordem macrossocial, mas também por influência da linguística. E mais, por sua especificidade acaba por gerar inconformismo por partes dos novos intérpretes do direito.

Estes pugnam, muitas das vezes, pela manutenção das anteriores decisões ao acreditarem que os seus fundamentos ainda se mostram presentes. Principalmente, quando há em tela um “caso difícil”, em que o modelo mais palpável e tradicional de aplicação, qual seja, o da mera subsunção dos fatos à norma, já não se mostra mais apto à solução de todos os problemas postos diante dos operadores. Tendo em vista que uma das características dos casos difíceis é, justamente, a aceitabilidade de uma pluralidade de soluções à lide, quando e se apenas, inadequadamente, manejam-se as normas jurídicas, sem levar em conta outros valores e componentes do direito.

Tais como as novas técnicas de interpretação, a exemplo das trilhadas quando da interpretação constitucional, e, também, uma nova conceituação da linguagem jurídica com suas particularidades significativas, muitas delas, como demonstrado supra, não solucionáveis de antemão, pois são, verdadeiramente, novas ideias, sentidos que se realizarão com o passar dos tempos.

Dessa forma, por vezes, na esteira do raciocínio supra, é de se compreender que os novos intérpretes/expectadores do direito, justamente por lhes faltarem conhecimento das particularidades da presente ciência – mais detidamente aqui – nos

fenômenos advindos da textura aberta da linguagem, com salutar razão, passem a pugnar pela manutenção, estabilização dos julgados, ou seja, da “jurisprudência”, e que o ideal de previsibilidade das relações sociais seja maximizado.

Portanto, a noção de segurança jurídica, neste contexto, passa a representar um outro valor que merece atenção e preservação, ao menos que seja não de todo usurpado pela nova perspectiva jurídico-interpretativa, mas sim compatibilizado de algum modo nesta nova quadratura histórico-normativa.

Desta constatação, dentre tantas outras, decorre a tese da presente monografia, pois se almeja, com suporte nas ideias supras, que a técnica da modulação dos efeitos da decisão venha a ser uma interface entre o moderno semântismo e a velha segurança jurídica. Que fomente, em *ultima ratio*, a pacificação social. Tudo isso em contexto com as novas diretrizes da Teoria Constitucional (neoconstitucionalismo), na esteira da Pós-Modernidade (modernidade líquida⁴⁶), com suas implicações nos conceitos de verdade, interpretação, dentre outras tantas aqui discutidas.

Para tanto, em conformidade aos capítulos anteriores, buscou-se demonstrar e fundamentar que o elemento da mutação jurídica é inerente e imprescindível ao direito. Que possui uma pletora variada de fatores gerativos, os quais são de ordens práticas e teóricas. Que, muito embora sua maior acessibilidade, ainda é de difícil compreensão pelos jurisdicionados, visto sua inserção no contexto da sua ciência e em paralelismo com sua verdade.

No mais, paradoxalmente, a variável interpretativa vai de encontro com outro valor fundante do direito. É a tão falada segurança jurídica, a qual, como expressei antes, é sobremaneira requerida pelos cidadãos em face da sua confiança na manutenção das interpretações. Posto que, ao se depararem com essas orientações jurisdicionais, em conexão com a boa-fé objetiva e proteção da confiança, modelam seus comportamentos e não merecem ser surpreendidos.

Inovação inesperada que é maximizada quando é posto em baila um “caso difícil”, principalmente se sobre seu assunto já conste sedimentada e duradoura resolução. Exemplo do julgado ora analisado bem serve a demonstrar tal situação.

⁴⁶ A expressão é de autoria de Zygmunt Bauman, sociólogo polonês, que ao discorrer em sua vasta obra, dentre tantos temas, compreende que na modernidade imediata, ou melhor a Pós-Modernidade (depois adjetivada de líquida, [Modernidade Líquida]) é marcada pela “fluidez”, “leveza” e “liquidez”, onde as instituições, relações humanas, seus valores estão assumindo, ou melhor!, assumiram uma volatilidade adaptativa nunca antes registrada na história humana. Onde o “líquido” representa, metaforicamente, a capacidade de se modelar as novas e rápidas formas, tais quais as atuais relações em sociedade (2010).

Por consequência, didático-argumentativa, logo, passar-se-á a discorrer da necessidade do valor segurança e seus contornos, por fim de justificar da indissolubilidade da dicotomia apresentada. Em suporte, da validade da modulação como interface dos seus valores a preservar legítimos interesses.

4. O FENÔMENO DA SEGURANÇA JURÍDICA E SUAS IMPLICAÇÕES

Como dito antes, desde as iniciais orações da presente tese, o direito, enquanto uma realidade complexa, alberga uma infinidade de interesses os quais são, por vezes, contraditórios, antagônicos entre si. Sendo que, em que pese a indispensabilidade da sua mudança ao longo dos tempos, ele também tem de cumprir um fim maior. Qual seja: a determinação de quais modelos são tidos como aceitáveis e exigíveis de comportamentos em sociedade.

Nesta busca, é justamente esperado que suas prescrições sejam estáveis. Dito de outra forma, espera-se que o ordenamento jurídico seja possuidor de uma estabilidade, em que sua deontologia perdure o maior tempo possível. Assim, os dizeres prescritivo-normativos têm, também como característica, o elemento da continuidade estática.

Isso advém, primordialmente, de uma máxima antropológica sobre a natureza humana em que o homem tem medo do desconhecido. No qual o convívio em grupos, em sociedades, sempre representara uma assunção de riscos, dentre eles, cite-se a noção dos comportamentos dos seus líderes e dos seus pares.

Nesta senda de compreensão das normas sociais, seja de qual natureza for, o fenômeno jurídico assumiu uma ímpar importância, haja vista a sua característica de exigibilidade. Por serem dotadas de imperatividade, as imposições jurídicas aglutinaram, pode-se dizer assim, uma maior relevância em face às outras instâncias de poder organizacional da convivência humana.

E de toda essa almejada estabilidade, previsibilidade, a noção de arbitrariedade é rechaçada veementemente, pois esta comporta no seu cerne, justamente, a ideia de imprevisibilidade.

Logo, no decorrer da História, como por demais sabido, houvera uma crescente e sistemática técnica de sedimentação das condutas humanas por intermédio da Lei. A qual, pode-se concluir, com certa assertividade, ser hodiernamente o principal paradigma da noção de segurança social, aqui, especificamente, da jurídica.

Este processo de legalização social vem de tempos remotos, no qual a definição de sua origem é por demais difícil e contraditória, mas, aqui, elege-se a Carta Magna, em 1215, imposta ao “Rei João sem Terra” pela burguesia Inglesa – esta cada vez mais forte e descontente com os privilégios do clero e da nobreza – como um marco temporal e legal deste Instituto.

Sua feitura, nos idos do séc. XIII, representara uma das mais influentes codificações legais, pois acabou por se tornar uma referência para as posteriores limitações dos soberanos, tolhendo-lhes suas vontades despóticas. A arbitrariedade dos chefes passara a ser cada vez mais reduzida pelos contornos da Lei.

Portanto, o direito vem, também, para representar o desejo de uma sociedade previsível, na qual é dada a lei à primazia da dicção dos arquétipos comportamentais aceitáveis e exigíveis.

Logo, a noção de segurança jurídica representa um dos pilares insofismáveis da presente quadratura histórica; em que, como maior força originária, surgira na Inglaterra do início do séc. XIII, como expressão da busca da preservação de direitos de uma burguesia em franca ascensão, em face dos desmandos dos detentores do poder. A qual tem implicações nas relações de poder institucional, como no exemplo supra, bem como na seara das relações sociais em nível interpessoal, dito de outra forma, entre os súditos.

Nessa perspectiva, suas orientações passam a conformar, sob muitos aspectos, a modulação dos comportamentos humanos tanto no aspecto objetivo e subjetivo, individual e coletivo. O que, com o passar dos anos, só vem a ter cada dia mais validade como componente insubstituível do Estado Democrático de Direto.

4.1 O que se compreende por segurança jurídica

A ideia de segurança jurídica, *stricto sensu*, pode ser tida como a preservação dos entendimentos consubstanciados nas diretrizes legais. Como vaticina abalizada doutrina tem por função “a segurança das relações jurídicas” (SILVA, 2006, 34 ed., p.434).

Em que, via de regra, está ligada ao tema da sucessão das leis no tempo, no qual a “segurança jurídica consiste no ‘conjunto de condições que torna possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida’” (ob. Cit. p. 434).

Sua importância é tamanha que consta expressamente do Texto Constitucional de 1988, na dicção do art. 5º, XXXVI, sob redação seguinte: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Ou seja, consta do rol dos direitos e garantias fundamentais, o que bem representa sua relevância para o

ordenamento jurídico nacional. A quem a classifique como, inclusive, um Princípio Geral do Direito.

O tema também tem disciplina infraconstitucional, a exemplo, do art. 6º, §§ 2º, 3º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (o §3º foi superado pelo art. 502 do Código de Processo Civil de 2015). Exemplo mais atual desta tratativa são as disposições introduzidas pela lei nº 13.655/2018 à LINDB, prevendo normas de segurança jurídica na aplicação do direito público e da decisão no RE 852475/SP, ao fixar a tese da prescritibilidade dos atos que causam danos ao erário culposamente, tipificados na lei de Improbidade. Bem como, de inúmeras Súmulas de jurisprudência do SFT e STJ, nº 654, 678, 684; e 487, respectivamente. (STF. Plenário. RE 852475/SP, Rel. orig. Min. Alexandre de Moraes, Rel. para acórdão Min. Edson Fachin, julgado em 08/08/2018).

Essa baliza legal tem, portanto, uma forte presença nas sociedades, seja na moldura legal seja na faceta social. Assim, conhecer seus contornos também mostrar-se-á de ímpar importância, pois com sua delimitação poderão ser compreendidas sua força e funcionalidades para contrastar com a mutação interpretativa, inclusive, impondo limites a esta e/ou obtemperando-a, como sucede na relativização dos efeitos de uma decisão. É o que se segue.

4.2. Seu alcance

No caminho da preservação/previsibilidade das relações sociais, mais especificamente, das de relevância jurídica, a conduta humana seja pretérita, no presente ou para o futuro tem sido disciplinada pela norma legal.

Neste contexto de transitoriedade, surgem questões de direito intertemporal e para solucioná-las, dentre os já tradicionais critérios utilizáveis⁴⁷, o legislador constituinte impôs uma limitação quando da produção da norma legal, no concernente à produção dos seus efeitos.

Estes limites são os já mencionados do art. 5º, XXXVI da Carta Cidadã. Enfatize-se: “o direito adquirido”, “o ato jurídico perfeito” e “a coisa julgada”. Cada um com suas funções/finalidades, em que:

⁴⁷ Como os já explicitados critérios de hierarquia, anterioridade, especialidade, para fica nos mais conhecidos.

O primeiro representa a noção de que uma vez o direito incorporado ao patrimônio do cidadão ele não mais será passível de supressão. Para salutar doutrina, em que pese a discussão doutrinária quanto ao seu alcance e sua conceituação⁴⁸, o referido instituto tem como características “ter sido produzido por um fato idôneo para a sua produção” e “ter se incorporado definitivamente ao patrimônio do titular” [Carlo Francesco Gabba (*apud* SILVA, 2006, ed. 34^o, p.435)].

Para tanto, a legislação infraconstitucional esboçou uma configuração nos termos do art. 6^o, §2^o da LINDB,

se consideram adquiridos os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

Isso significa que, uma vez implementadas as condições para o seu exercício, gozo, a sua não efetiva concretização, por faculdade do seu titular, não poderá ela ser suprimida. Haja vista que já se incorporara ao patrimônio do seu titular. Pois, já se constituíra em “direito subjetivo”⁴⁹, ao passo que, com a nova lei, mesmo que o extirpe, ele se transmutará para direito adquirido para aqueles que não o tinham, facultativamente, exercido e permanecendo válido e exigível.

Por fim de maiores esclarecimentos e a título de diferenciação, já se dissera que

o direito subjetivo vira direito adquirido quando lei nova vem a alterar as bases normativas sob as quais foi constituído. Se não era direito subjetivo antes da lei nova, mas interesse jurídico simples, mera expectativa de direito ou mesmo interesse legítimo, não se transforma em direito adquirido sob o regime da lei nova, que, por isso mesmo, corta tais situações jurídicas no seu iter, porque sobre elas a lei nova tem aplicabilidade imediata, incide (SILVA, 2006, 34 ed., p. 436).

O segundo sedimenta a concretização de um direito regularmente exercido à luz do ordenamento jurídico vigente ao seu tempo. A lei o conceitua como o ato jurídico perfeito “*o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou*”, na textura da regra do art. 6^o, §1^o, da LINDB.

Dito de outro modo, pode-se entender como o direito adquirido já exercido e consumado. O que difere do primeiro, na esteira da obra em citações, “a diferença

⁴⁸ Quanto ao tema vide: MENDES; BRANCO, 2013, 2^o ed., p. 352 et. seq.

⁴⁹ “Direito subjetivo ‘é a possibilidade de ser exercido, de maneira garantida, aquilo que as normas de direito atribuem a alguém como próprio’” (SILVA, 2006, 34^o ed., p. 435).

entre o direito adquirido e ato jurídico perfeito está em que aquele emana diretamente da lei em favor de um titular, enquanto o segundo é negócio fundado em lei". "É aquele que sob o regime da lei antiga se tornou apto a produzir os seus efeitos pela verificação de todos os requisitos a isso indispensável" (*ob. Cit.* pg. 437).

Antes, contudo, de trabalhar o terceiro e último, faz-se importante compreender que estes dois institutos supracitados não têm o condão de obstarem a alteração, supressão de institutos jurídicos. Já fundamentara Savigny (*apud* MENDES; BRANCO, 2013, 8 ed., p.359), que "as leis concernentes aos institutos jurídicos outorgavam aos indivíduos apenas uma qualificação abstrata quanto ao exercício do direito e uma expectativa de direito quanto ao ser ou ao modo de ser do direito".

Agora sim, o terceiro elemento, a coisa julgada, em síntese, pode-se conceituá-la como uma decisão não mais passível de contestação, não mais impugnada recursalmente. Sob a qual lhe é lançada a noção de trânsito em julgado.

Sua conceituação legal hoje é fruto da constante no art. 502 do Novo Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº. 13.015 de 16 de março de 2015, em que expõe: "*denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível⁵⁰ a decisão de mérito não mais sujeita a recurso*".

O que se pretende tutelar é "a estabilidade dos casos julgados, para que o titular do direito aí reconhecido tenha a certeza jurídica de que ele ingressou definitivamente no seu patrimônio" (SILVA, 2006, 34 ed., p. 437).

Salutar é dizer, em complemento, que essa proteção é em face do legislador. Objetiva-se que a lei não venha a mudar as decisões já transitadas em julgado, o que, indubitavelmente, geraria uma enorme insegurança jurídica e até mesmo o mauferimento da separação de poderes com invasão descabida da seara do Poder Judiciário⁵¹.

Nada obsta, a outro giro, que o legislador, aí sim, por meio de lei, estabeleça mecanismos, processos de superação da coisa julgada material. Sendo, até mesmo,

⁵⁰ Para maior aprofundamento e diferenciação dos termos "imutável" e "indiscutível", bem como o fenômeno da segurança jurídica, vide os artigos de Luiz Dellore, em O Jota. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/quem-e-atingido-pela-coisa-julgada-no-ncpc-10072018>> Acessado em: 12/07/2018, Às 15:54 min.

⁵¹ Importante observar que essa limitação se mostra de certa forma relativizada, quando se tem em tela algumas espécies de alterações legislativas na seara do Direito Penal, exemplificadamente. Com maior eloquência, cita-se a possibilidade da alteração da lei, a qual com, em alguns casos, imediata alteração no conteúdo decisório, mesmo que já albergado pela chancela da coisa jurídica material e soberana, quando esta tenha um preceito mais benéfico, especialmente, a título de exemplo, supressão da tipicidade de uma conduta. Para maiores aprofundamentos, vide Aury Lopes Jr. (2013, 10º ed. p. 1121-1133)

já objeto de codificação como as ações rescisórias no âmbito cível e a revisão criminal, penal, a título de exemplo.

4.3 Sua influência no comportamento dos jurisdicionados

Como sabido, as sociedades modernas, principalmente as ocidentais, têm elegido a norma legislada como principal paradigma de organização social (HARARI, 2017, 24 ed.), em que, com base nas suas disposições, o corpo social adequa sua mobilidade, seja no concernente a qual área for.

É por demais conhecido que os modelos históricos de organização social, bem como sua imperatividade, vêm mudando e, na presente data, é de se admitir que a validade dada à lei legislada seja a de maior notabilidade. Isso, claro, na esteira das ideias de que sua construção representa a vontade da população que esteja sob determinado Estado.

A atual quadra histórica tem como um de seus paradigmas a ideia de que a organização da coletividade humana seja melhor feita por intermédio da legalidade, em que sua gênese dê-se em um Estado que se adjective de Direito e Democrático. Claro que, não se esqueça, este tipo de configuração institucional não passa à história sem que também seja alvo de objeções, estando o Estado às margens da “quarta revolução”, mas como não é aqui lugar nem se comporta sua discussão no presente, apenas registre-se a sua crítica (MICKLETHWAIT; WOOLDRIDGE, 2015).

Nesse sentido, é cognoscível que os cidadãos ajam em conformidade com os elementos prescritivo-normativos capitaneados no ordenamento jurídico, pois, como dito supra, nada mais natural que assim seja.

E é, justamente, nesta correlação entre a deontologia e a concretude do ser que, diante de elementos compositivos e implicativos do comportamento humano, as disposições legais passam a ter uma maior validade e efetividade.

Isso quer significar que, quando existe uma maior assimilação das prescrições legais pelo corpo social é de se intuir que os “homens” estejam se comportando nos contornos almejados pela legislação.

Isso é o que vem a corresponder ao que se já conceituou como eficácia social da norma ou eficácia material. Que corresponde, repita-se:

a realização do Direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados. Simboliza, portanto, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social” (BARROSO, 2006.) [Grifos no original]

E assim que deve ser, pelo menos é o que de sempre fora almejado.

Destarte, na ânsia da noção e ideal da já falada previsibilidade das coisas, em face do temor do desconhecido, o “homem”, e por acreditar na sua obrigatoriedade, seja por consentimento ou até por medo da sanção, tem moldado sua conduta à disciplina legal. Noutras palavras, tem buscado, incessantemente, cumprir as leis.

Para tanto, exige-se que a legalidade seja a mais clara possível quanto à sua linguagem e à sua organicidade, ou seja, sua unidade. Que sua cognição se prefigure em algo de fácil compreensão dos seus destinatários e não só dos seus operados profissionais.

Entretanto, mesmo diante do desconhecimento legal, o próprio legislador já se blindara desta arguição e assim o fez nos termos do art. 3º da LINDB, *in verbis*: “Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”, exigido, juridicamente expresso, a observância à lei.

Portanto, como a organização social vem, indubitavelmente, pelo menos formal e expressamente, regida pela lei imperativa, é de se esperar que a sua disciplina seja de suma importância para a estrutura coletiva.

Não restam dúvidas de que a vida em sociedade traz benesses e ônus. Em que, ao menos idealmente, o cumprimento das obrigações legais implique uma retribuição ou, pelo menos, a ausência de sanções. Para tanto, o tecido normativo influencia, sobremaneira a conduta humana.

“Todos” têm então de ponderar suas atitudes. Analisar suas implicações individuais e coletivamente afim de deliberar quando da sua necessidade.

Aqui, a noção de cognição das disposições legais se afigura de relevante necessidade. E que as mesmas sejam harmônicas entre si. Para que, sua influência na condução que cada ser dá da sua existência seja a mais correta e fácil de se assimilar.

São múltiplas as instâncias que influenciam o comportamento humano em sociedade (moral, ética, religiosa, familiar, econômica, política e etc.), mas, há de se admitir que a faceta jurídica acaba sendo de extrema importância. O que fundamenta, sem sombra de dúvidas, a necessidade da proteção do valor advindo da segurança

jurídica, que a mesma seja ponderada quando da interpretação jurídica e que seu valor não seja de todo usurpado pela mutabilidade dos julgados.

Por isso, dentre outras justificativas, pleiteia-se aqui que o ideal de segurança jurídica realizar-se-á quando de uma legislação clara e com suporte social, posto a sua influência na tão almejada eficácia social. Outrossim, a também estabilização, ou melhor dizendo, uma melhor fundamentação quando da interpretação da disciplina legal. Em adição, do quando for necessário, a aplicação da modulação dos efeitos de uma decisão judicial, como uma técnica a compatibilizar a tão falada fricção da mudança *versus* estabilidade.

Tudo isso a deferir correspondência ao Cidadão que moldara suas ações às normas. Ou seja, conferir validade e proteção àqueles que, no seio da sociedade, mantiveram-se nos contornos legais.

Não pode, portanto, a Administração Pública agir em contradição, principalmente, quando da interpretação jurídica. Afinal, ninguém pode se valer de sua própria torpeza, mandamento este, inclusive, de muito exigido das relações entre particulares. O que, bem demonstra sua valoração.

Portanto, se os jurisdicionados/administrados, ao moldarem seu comportamento em alusão às regras, cumprem suas obrigações, é de se esperar que as mesmas sejam preservadas; afinal, os “pactos devem ser cumpridos” (GONÇALVES. 2012, 9ª ed., p. 48 *et. seg.*). Cumprimento este, como dito supra, imperativo na dicção do art. 3º da LINDB.

4.4 A legítima expectativa da sua manutenção

Já que a norma legal modela cada vez mais o comportamento social humano, é de se esperar que sua disciplina seja dotada de uma plausível previsibilidade. E assim, ao menos em tese, é o que ordinariamente acontece.

É natural que, na esteira do que já vem sendo decidido, o cidadão almeje a manutenção das respostas dadas aos mesmos fatos, principalmente, por razões óbvias, quando lhe são favoráveis. Pugna-se, assim, por uma estabilidade da interpretação e decisão jurídicas.

Contudo, como fora explanado desde as iniciais linhas da presente tese, o direito precisa mudar para responder aos novos desafios, nos quais essas mudanças foram incluídas dentre as espécies de mutação da regra e da norma. Bem como,

traçou-se uma explanação sobre suas características dentre tantas circunstâncias outras.

À guisa de conclusão, afirmou-se que as características são inerentes e antagônicas à ciência jurídica, fruto dos fins almejados pela presente construção humana.

Entretanto, apesar do acesso maior à informação, a compreensão da inerência destes fenômenos díspares e irrenunciáveis ao Direito, principalmente pelos novos intérpretes jurídicos, tem sido algo de difícil concretização.

Daí a constante indignação daqueles que, por não estarem familiarizados com a linguagem jurídica e com suas técnicas hermenêuticas, têm deferido uma ideia de injustiça ao Judiciário. Querem estes insatisfeitos um provimento jurisdicional que se lhes seja útil, mas não compreendem os meandros da seara jurídica. O que só gera revoltas. Revoltas essas, em muitos casos, com certa legitimidade de ser.

É o caso de quando se está diante do que usualmente se convencionou chamar de “casos difíceis”⁵² nos quais, a grosso modo, existe mais de uma solução jurídico-normativa aceitável ao caso concreto. Sendo necessária, quase sempre, uma maior discricionariedade por parte do julgador, inclusive, com a criação da regra a disciplinar a questão discutida (HART, 1994). Ou que, uma incursão sobre outros elementos que não só presentes na regra legislada, mas sim, por valores subjacentes à sociedade à qual a lide está inserida – um diálogo entre o Direito e Moral, por exemplo, (DWORKIN, 2007). O que, por óbvio, em ambas as vertentes, aumenta a incompreensão.

Há, portanto, a imposição de uma maior discricionariedade/interdisciplinaridade, com uma inerente ponderação e maior argumentação. O que, geralmente, tem contribuído para as insatisfações, não pelo maior emprego da argumentação, mas sim pela utilização de artifícios técnico-fundamentacionais quase sempre externos às prescrições normativas.

Foram, justamente, estas situações que fizeram surgir, segundo tese proposta, a necessidade de uma compatibilização entre a noção de segurança jurídica e da inerente transformação jurisdicional. Sendo que, por bem de frisar, a questão dicotômica em baila fora observada pela óptica do novo intérprete. Perspectiva esta

⁵² Para uma melhor compreensão destas hipóteses e de suas soluções, vide a doutrina de Herbert L. A. Hart e Ronald Dworkin, cujas opiniões são díspares, este propõe que existe sim uma solução correta – única – aos *hard cases*; enquanto aquele discorre sobre a impossibilidade de uma única solução correta destes casos no âmbito do direito.

que, em face da legítima expectativa estática supra, mostrou-se compreensível de ser e, em consequência, sua revolta, sob muitos aspectos, de que este novo “operador” do Direito, ao se deparar com um julgado que, diante de duas ou mais possibilidades, opte por outra que não a que vinha sendo aceita, muitas delas de longa data, ou que não corresponda à qual lhe seja favorável. Ao fundamento de que: para esta tomada de decisão existam fundamentos legais.

Isso porque, como a normatividade influencia o comportamento dos homens e quando estes projetam sua conduta em conformidade as suas disposições, nada mais justo que os fins, consequências almejadas, ditas de antemão, pela disciplina legal sejam realizadas. Pois, caso assim não se proceda, é até crível o argumento de má-fé, quebra da confiança na Administração Pública, verdadeiro comportamento contraditório.

Outra razão para a validade da expectativa em questão é que, em muitos casos, os fatos que ensejaram a mudança de entendimento não se realizaram de uma única e delimitável vez, mas sim ocorrera, acredita-se, numa fase cinzenta, de penumbra em que não se podia com certeza aferir quais, dentre as possíveis interpretações, estavam aptas, como sustenta Karl Lorenz (1997, 3ª ed. p. 495-500). Por isso que, diante da dúvida razoável, uma ou outra mostravam-se aptas a solucionar, em tese, a conduta de modo que, quando o julgador elege uma, seja qual for, pode “injustamente” prejudicar outrem.

Portanto, diante das finalidades do mundo legal, mostra-se salutar a admissão de que a segurança jurídica, enquanto inerente e indispensável, seja albergada e preservada. Sendo um valor, em muitos casos concretos, diante de certas peculiaridades, a merecer guarida. Na qual, na presente tese, propõe-se que a técnica da modulação dos efeitos de uma decisão judicial tem o condão de valorizá-la sem, contudo, enrijecer o Direito.

Por cumprimento deste objetivo julgara-se necessário, e assim foi feito – com a devida humildade – um esclarecimento das razões que germinam a polaridade conflitante entre a mutação da interpretação *versus* segurança jurídica. Para demonstrar que se faz imperativa sua compatibilização, pois de muito elas interferem na sociedade.

E assim, reconhecer que a legítima expectativa da eficácia das leis e suas interpretações sejam as mais realizáveis possíveis dentro de um espectro de aceitabilidade e compreensão. No mais, diante desta necessidade, é que se passará

a desenvolver a temática da modulação, como derradeira e conclusiva assertiva posta em discussão na presente tese.

5. A TÉCNICA DE MODULAÇÃO DOS EFEITOS DE UMA DECISÃO

Do tudo o exposto, é chegada a hora de adentrar ao último e principal tema da presente tese, qual seja, gize-se: da validade da Manipulação dos efeitos da decisão como técnica de pacificação social.

Como dito, em breve recapitulação, da observação de alguns dos elementos gerais integrantes da Teoria Geral do Direito, observou-se que dois dos seus elementos, em face de suas finalidades, apresentaram ser promotores de valores, em tese, inconciliáveis.

Sendo que, por intermédio de seu estudo, como feito nos capítulos anteriores, pelo roteiro metodológico de traçar suas razões de serem indispensáveis ao Direito, assim como, justificar, explanar alguns de seus fatores germinativos, algumas das suas características e de seus efeitos, chegou-se à conclusão: tendo em mente os preceitos finalísticos do ordenamento jurídico, de que a almeja relativização dos efeitos retronulificantes das decisões, que verificam a constitucionalidade das mais diversas regras do Ordenamento, vem a ser impositiva.

Noutras palavras, não mais se impõe ao julgador a obrigatória invalidação de todos os atos, negócios jurídicos que tiveram por suporte um dispositivo tido, ulteriormente, como inconstitucional.

Isso porque uma série de fatores justifica a sua aplicabilidade, que não só os anteriormente postos, mas, como em diante se verá, muitos outros autorizativos.

A grosso modo, diante da necessidade de conferir validade aos elementos da liberdade interpretativa e estabilidade dos comandos decisórios, apenas, de modo mais genérico, vislumbra-se que, só por intermédio de um meio termo, uma mescla entre os mesmos, será a mais louvável técnica decisória posta às mãos dos operadores do direito⁵³. Até porque, como por demais discorrido na presente tese, a extirpação de qualquer um deles será impossível.

Haja vista que, ao se ponderarem os interesses postos em discussão quando do estudo do caso, com seus descaminhos e, principalmente, dando especial atenção ao enfoque da percepção interpretativa dos cidadãos, os fundamentos argumentativos legitimadores das decisões moduladas mostrar-se-ão de maior compreensão.

⁵³ “Era a doutrina exposta pelo próprio Kelsen, que faz consignar sua tese de que só o modelo de efeitos *ex nunc* atenderia aos objetivos de segurança jurídica.” (TAVARES. 2005, p. 266)

Pois tem-se facilitada a assimilação dos resultados por parte dos seus destinatários. Como fruto da sua maior correspondência às necessidades da coletividade, contribuindo, então, para o implemento da eficácia social da norma. O que, por intuição, tem o condão de conferir ao Direito maior validade enquanto instância de organização social.

Principalmente ao deferir validade a inúmeros negócios jurídicos já consolidados no tempo e que foram configurados com base nos dispositivos outrora tidos por constitucionais.

Assim, muito embora sua constituição não seja autônoma, a Modulação tem cada vez mais presença na seara jurídico brasileira. A qual tem muito a contribuir para os fins institucionais almejados pela Ordem Legal, precipuamente na preservação da evolução interpretativa em conexão com a estabilidade da mesma. Ao mote de conferir validade a inúmeros negócios jurídicos celebrados à luz do que se julgava legitimamente como sendo de conformidade ao direito.

Tese que em diante será sustentada como desfecho do presente trabalho e, para a mesma, de tudo que até aqui fora discutido.

5.1 Sua origem histórica

Saber a gênese das coisas, em muitas hipóteses, traz uma compreensão das suas características e funcionalidades. Neste sentido, é que pode ser perquirida a fonte inspiradora da presente técnica de decisão.

Vaticina substancial doutrina que a origem no instituto em tela encontra-se na teoria Americana, que o seu paradoxo sociopolítico fora nos idos dos anos de 1929, período da Grande Depressão, “onde passou-se a admitir a necessidade de se estabelecerem limites à declaração de inconstitucionalidade” (LAURENCE, 1988, p. 30). Onde, em diante, foram adicionados

ao lado da decisão de inconstitucionalidade com efeitos retroativos amplos ou limitados (*limited retrospectivity*), a superação prospectiva (*prospective overruling*), que tanto pode ser limitada (*limited prospectivity*), aplicável aos processos iniciados após a decisão, inclusive ao processo originário, como ilimitada (*pure prospectivity*), que nem sequer se aplica ao processo que lhe deu origem (PALU, 2001, p. 173.; MEDEIROS, 1999).

Por modulação há de se entender que “significa estabelecer uma data a partir da qual a decisão do STF surtirá efeitos evitando assim um possível caos jurídico que a

declaração de inconstitucionalidade ou mudança de jurisprudência poderia vir a causar” (BRASIL. STF. Pesquisa de Jurisprudência. Cf. ADI 3.819/MG, p.61; e RE 559.943/RS, p. 62.).

Essa técnica tem como fonte primária específica o julgado proferido pela Suprema Corte Norte Americana, quando do *leading case* “*Linkleertter versus Walker*”, em 1965, ao argumento de que cabia ao Poder Judiciário determinar a natureza dos efeitos declarados pelas decisões de inconstitucionalidade proferidas por ele, com suporte na ponderação de outros valores. E, mais tarde, no caso *Stovall versus Denno*, em 1967, em que se “reuniu os critérios para a atribuição de eficácia futura” (TAVARES, 2005, p. 267).

Isso foi de muito significado para a temática do controle de constitucionalidade, tendo em vista que, naquela nação, vigia a teoria da nulidade dos atos e lei confrontantes com a Norma Maior. Em adição, o fato de que o fenômeno do controle de constitucionalidade também surgira nela, com o histórico caso *Marbury vs. Madison* em 1803 (DA CUNHA JÚNIOR. 2008, p. 266 et. Seqt.).

O sistema Americano tinha por paradigma a nulidade como efeito da declaração de inconstitucionalidade, o que operava a invalidação de todos os efeitos advindos das mesmas, tese tradicionalmente aceita (CAPELLETTI, 1997, p. 90).

Daí, conclui-se que a inconstitucionalidade deve implicar a nulidade absoluta, impossível de convalidação, com a consequente desconstituição retroativa de todos os efeitos produzidos pela norma incompatível com a Constituição (MARCÍLIO, 2010, p. 82).

Este modelo inaugural era do tipo concreto em que a constitucionalidade era discutida no seio de um caso específico, cabendo a qualquer juiz ou tribunal a possibilidade de declará-la.

A outro giro, nesta pega histórica, o sistema Austríaco de inspiração Kelseniana (1942, p. 305), consolidado na Constituição de 1920, trouxe a característica da centralização do controle de constitucionalidade na competência exclusiva da Suprema Corte; em que seus efeitos tinham por fito fulminar a norma, mas não retroativamente. O qual se apoiava na adoção da teoria da anulabilidade das leis inconstitucionais. Ao raciocínio de que, enquanto não fosse declarada inconstitucional, seus efeitos deveriam ser preservados pela decisão, não os fulminando.

Para Hans Kelsen (*apud* Tavares, *op. Cit.* 266-267), além da noção do valor da segurança jurídica, a justificar a não retroação, adicionava, também, a tese de que ao legislador fora deferido a competência de “interpretar as leis, e, essa sua interpretação deve ser respeitada até que sobrevenha uma decisão contrária (do Tribunal Constitucional)”.

Estes foram os primeiros e mais importantes paradigmas sobre o tema do controle de constitucionalidade, no qual seus preceitos com as devidas adaptações difundiram-se pelos outros Estados. E, no particular, a manipulação seguiu o mesmo caminho. Já se dissera, outrora: “não só a Suprema Corte americana (caso *Linkletter v. Walker*), mas também uma série expressiva de Cortes Constitucionais e Cortes Supremas adota a técnica da limitação de efeitos”⁵⁴ (MENDES; BRANCO, 2013, 8 ed. pg.1106).

Mas a manutenção de um ou de outro, apenas nas iniciais configurações, mostrou-se inadequada às novas demandas sociais. Por conta deste e tantos outros fatos, surgiu a referida técnica partitiva como artifício a contornar os indesejados efeitos da ortodoxa nulificação dos efeitos retroativos, ao privilégio da segurança jurídica, da boa-fé, da estabilidade social.

5.2 Origem na disciplina pátria

Apesar da força própria desta técnica supletiva decisória, houvera uma demora na sua introjeção em Brasil, de forma mais clara, daí que:

antes do advento da lei n. 9.868/99, talvez fosse o STF, muito provavelmente, o único órgão importante de jurisdição constitucional a não fazer uso, de modo expresse, da limitação de efeitos na declaração de inconstitucionalidade (*op. Cit.* p. 1106).

A mora existiu sim em “modo expresse”; mas antes houvera precedentes em que o Supremo, sob outros artifícios, flexibilizara o efeito *ex tunc* das inconstitucionalidades. Citem-se como exemplos, os precedentes da década de 80, RE. n. 78.533/SP e ADI n. 837/DF, e já em 93 RE. n. 122.204/MG, cuja matriz fundacional erigira-se na segurança jurídica e boa-fé.

⁵⁴ Para maiores consultas, vide referências constantes do rodapé nº 122, à p.1106, de mesmos autores, que trazem exemplos de outras Nações que também habilitaram a manipulação.

Também, agora com suporte na segurança jurídica e relevante interesse social, sob a configuração prática da decisão de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, o Excelso Tribunal manipulava os efeitos nas ADIs ns. 3.688/PA, DJ em, 29/06/07 e 2.240/BA, DJ em, 09/08/07, ambas de relatoria do Ministro Eros Graus.

Portanto, o STF em poucas oportunidades – verdade – já se valera da relativização da teoria nulificante. Fez valer, neste sentido, a noção de que a Constituição é a verdadeira fonte autorizativa da manipulação. Cujas interpretações evolutiva e sistemática sustentaram a modulação como técnica de pacificação social, ao abrigo, como supra, do reconhecimento do valor da boa-fé, da segurança jurídica, do relevante interesse social, dentre tantos outros. Ao contrário do raciocínio, não surgira ela como uma imposição de política judiciária, propriamente dita. E a história tem mostrado isso (OLIVEIRA, 2008, p. 51-55).

Logo, percebe-se que, em que pese a omissão legal, a Colenda Corta tinha já simpatia por sua validade, como demonstram os precedentes colacionados, mesmo diante do dissenso doutrinário neste tema. Sempre com forte inspiração na Doutrina americana. O que não é sem razão de ser, pois, Rui Barbosa, profundo entusiasta daquele modelo, fizera inserir o controle de constitucionalidade na CF de 1891 nos seus moldes.

Apenas, como maior concretude, entretanto, só com a edição da Lei das Ações Diretas de Inconstitucionalidades de n. 9.868, de 10/12/1999, na dicção do seu art. 27, a modulação passou a ganhar contornos mais precisos. E, mais adiante, com o art. 11 da lei n. 9.882, de 03/12/1999, da Ação Declaratória de Descumprimento de Preceito Fundamental, texturizadas em:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Como se depreende da redação, a norma que sobrevém possibilita ao julgador, diante de situações próprias, conceder eficácia ao julgado de modo a afastar a ordinária retroação nulificante dos decísios declarantes – e/ou constitutivos – de inconstitucionalidade e/ou nas demais espécies admitidas.

Ou seja, a decisão, a luz deste paradigma tradicional, tem efeitos retrospectivos, retro-operantes, “*ex tunc*”.

Esses efeitos decorrem da adoção, pelo Supremo Tribunal Federal, da tradicional tese jurídica segundo a qual o ato que desrespeita a Constituição é nulo, írrito desde seu nascimento (e não simplesmente anulável) e, como tal, inapto para produzir quaisquer efeitos jurídicos válidos. (PAULO; ALEXANDRINO. 2012, 9 ed. p. 864)

O que, diante da evolução da interpretação constitucional, fez surgir a noção de que esta metodologia não poderia mais reinar exclusivamente. Tendo em vista que, em muitas situações, a eficácia *ex tunc* pode, muito bem, impingir à decisão uma injustiça tamanha que, em termos práticos – sejam econômicos, sociais, políticos e jurídicos – não seja a melhor decisão, pelo menos, não quanto necessariamente ao seu mérito, mas sim no concernente à sua amplitude, ou seja, aos seus efeitos.

Nas palavras de Márcia Lima Santos de Oliveira:

Trata-se de casos em que se torna necessário um juízo de ponderação e proporcionalidade, tendo em vista que a declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos *ex tunc* seriam mais prejudiciais à sociedade do que a própria manutenção da inconstitucionalidade, ocasionando danos ao próprio sistema jurídico, prejudicando, inclusive, a própria harmonia da ordem constitucional (Modulação dos efeitos temporais de constitucionalidade difuso. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br>. Acesso em: 08/07/2018).

Diante desta constatação, o caminho trilhado pelo Legislador foi conceber a possibilidade da Manipulação/Modulação dos tradicionais efeitos das decisões aferíveis da constitucionalidade das leis. Consolidando, por meio dos arts. 27 e 11, o viés já sinalizado pelo Supremo.

Todavia prevalece ainda, majoritariamente, a tese da nulidade em detrimento da corrente da anulabilidade das leis inconstitucionais. O que impõe a excepcionalidade da aplicação dos arts. 27 e 11, anteriores, que só podem ser aplicados diante de situações extraordinárias nele mencionado (*op. Cit.* 864). Assim, vaticinou Alexandre de Moraes:

o Supremo Tribunal Federal, em sede de ação direta, declarou a inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade da lei impugnada, declarando o Congresso Nacional em mora e fixando prazo de manutenção de vigência e eficácia da lei declarada inconstitucional, ora de 18, ora de 24 meses, para que a situação legal pudesse ser regularizada. Conforme salientou o Ministro Gilmar Mendes, ‘o que importa assinalar é que, segundo a interpretação aqui preconizada, o princípio da nulidade somente poderá se afastado se puder demonstrar, com base numa ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social’, para concluir que ‘a declaração de inconstitucionalidade e, portanto, da nulidade de lei instituidora de uma nova entidade federativa, o Município, constitui mais um dentre os casos – como os anteriormente citados, retirados de exemplos do direito comparado – em que as consequências da decisão tomada pela Corte podem gerar um verdadeiro caos jurídico (2007. 22ª ed. p. 748).

Pelo exposto da redação transcrita das regras ora em tela, fora dada a variação modular nos moldes: (a) *restringir os efeitos daquela declaração*, (b) *decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado*, ou (c) *de outro momento que venha a ser fixado*.

Isso significa uma maior justiça da decisão por possibilitar que outros valores sejam preservados, ponderados, mesmo que em face da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo atacado pelo provimento jurisdicional. Sendo que, tal expediente, de há muito tempo já fora introduzido, albergado em vários outros importantes Ordenamentos; no qual o pátrio, como abalizada doutrina vaticinou, até o incorporou tardiamente (MENDES; BRANCO, 2013, pg.1106).

5.3 Algumas resistências

Por lealdade, é importante mencionar que, em que pese o sistema Americano seja a fonte e, muito embora, seja “o sistema difuso ou incidental mais tradicional do mundo”, a aplicabilidade da técnica modulativa passou e ainda passa por uma discussão quanto sua utilização nas decisões proferidas pelo sistema difuso brasileiro (*ob.Cit.* 1106).

E não só nestas ações, mas também, até mesmo, quanto a sua validade geral como, por diversas oportunidades, manifestara-se o Ministro do Marcos Aurélio, que tem firme posição da deslegitimidade da presente técnica decisória, ao argumento de

que a modulação acaba por representar a utilização do “famoso jeitinho”⁵⁵ à inconstitucionalidade da lei reconhecida, seja em qual espécie de ação for.

Perfilam esse entendimento, por exemplo, Olavo Ferreira (2005, 2ª ed., p. 97-99.), ex-Ministro Moreira Alves (Agravado Regimento na Reclamação 1880), ex-Ministro Sepúlveda Pertence e Roberto Barroso inicialmente (2006, 2ª ed., p. 24.). Aos argumentos de inovação em matéria constitucional, mitigação do princípio implícito da nulidade dos atos inconstitucionais; o que só é cabível por Emenda Constitucional; o perigo de usar a exceção como regra por motivos de “razões de Estado”; ofensa ao princípio da supremacia da Constituição e nulidade da lei inconstitucional, assim como na redação dos artigos 97 e 102, III, alíneas “a”, “b”, “c” e “d”, da CF/88, separação dos poderes e do princípio da segurança jurídica e que a matéria não pode ser tratada por lei ordinária (BRAGA, 2013).

Forte crítica fora deferida por Soto (1995, p. 352-355), ao argumento de que, se assim decidirem os Tribunais, a “sua praxe poderia alterar a própria natureza da Constituição”. Ao relativizar o “caráter normativo e hierárquico da Constituição, na medida em que em muitos casos se deixaria em suspenso sua rigidez, permitindo que opere ‘temporariamente’ uma lei inconstitucional” (*ob. Cit.* 355).

Sendo, ainda, hoje, objeto de contestação no Pretório Excelso, nas ADIs n. 2.154 e 2.258, ações que se encontram pendentes de julgamento, após pedido de vista dos autos da Ministra Cármen Lúcia, conforme informativo nº 476, do STF, em 13 a 17 de agosto de 2007.

Contudo, em que pese a força dos argumentos contrários levantados, esta posição, felizmente, mostra-se em franca posição minoritária. A própria mudança de opinião do, hoje, Ministro Barroso vem a calhar.

Agora, sem maiores objeções, a sua utilização em terras pátrias tem maior aceitação quando proferida em decisão cuja controle de constitucionalidade se processara no âmbito do sistema abstrato. Porém, no sistema difuso, gize-se, a cabo de qualquer juiz ou tribunal, sua aceitação teve maior resistência, mas aos poucos se consolidou como técnica manejável. Exemplo cristalino, o qual servira de objeto de análise na presente obra monográfica, cite-se o julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo de nº. 709.212/DF, em que se discutiu qual prazo prescricional para a

⁵⁵ Vide página 60 da presente obra. No excerto o Ministro Marcos Aurélio, quando do julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo nº. 709.212 – DF, manifesta sua tese da não aceitação da técnica da Modulação.

cobrança dos saldos restantes do FGTS, que, devido muito embora aos empregados, não foram ao modo e ao tempo devidamente recolhidos.

Certa doutrina, aponta o RE n. 197.917, de relatoria do Ministro Maurício Corrêa, em 25.03.2004, como paradigma da “declaração de inconstitucionalidade *pro futuro* no controle concreto”, ao preservar o então número de vereadores das Câmaras Municipais (PAULO; ALEXANDRINO. 2012, 9 ed., p. 807, nota de rodapé 19)

Portanto, em que pese a resistência inicial da doutrina, a fragmentação da eficácia das decisões de inconstitucionalidade, bem como das demais que sob outras rubricas também versem sobre o controle de constitucionalidade, na esteira e em consonância com sua origem inspiradora, ela vem tendo cada dia mais aceitação e legitimidade na comunidade jurídica, bem como dos seus destinatários.

Muito disso, como inicialmente exposto, tem por fundamento realizar uma compatibilização, verdadeira interface, de valores não, *a priori*, compatíveis entre si. Daí, não nos surpreende ter sua origem histórica interligada a tempos de grande instabilidade, qual seja, nos idos dos anos 1929 e seguintes, período da grande Depressão Americana⁵⁶.

Àquela época, os julgadores de soluções precisaram promover a realização da legalidade, contudo, os tradicionais métodos, por si só, não mostravam soluções suficientes. Relativizar com a tradicional teoria da nulidade dos atos em contraste com a Lei Maior, a fim de evitar problemas maiores, sob a faceta da especificação dos efeitos desta nulidade, mostrou-se uma útil e necessária medida. A qual vem sendo internalizada na nossa disciplina legal (lei nº. 9.868, de 10/12/1999, na dicção do seu art. 27 e art. 11 lei n. 9.882/99), bem como por substancial parte da doutrina e jurisprudência.

5.4 Em que consiste essa técnica

Já de início, por objetivo de obstar qualquer confusão teórico-conceitual sobre o tema, importante se faz pôr uma pá de cal numa constante incompreensão quanto ao

⁵⁶ A “Grande Depressão Americana” corresponde ao período histórico de 1929 e anos seguintes, em que, com a “superprodução” deste país, e a correspondente insuficiência de compradores, sua bolsa de valores sofreu uma grande desvalorização. Com isso, significativas fortunas foram “pelo ralo”. A economia Estadunidense entrou em ressecção, e na sua esteira, um período conturbado, não só, econômico, mais também, social, político e jurídico. Sendo, portanto, que diante das novas realidades, o Direito para dá vazão aos novos desafios implementa a teoria da modulação dos efeitos da decisão.

tema em baila. Que a defendida modulação dos efeitos não se constitui, por si só, uma forma autônoma de julgamento, mas sim complementar, subsidiária às demais.

Dito de outra forma, quando se faz presente, vem em adição a uma outra solução, a exemplo, das declarações de inconstitucionalidade com redução do texto (por inconstitucionalidade total ou parcial); ou naquelas sem redução do texto, seja na espécie da restrição da aplicação do texto: para delimitar suas hipóteses de incidência para dela excluir determinadas situações ou, mesmo, na espécie de interpretação conforme a Constituição: na qual adota-se uma interpretação com exclusão das demais. Desde que isso não vá, por óbvio, de encontro à literalidade do texto ou da intenção do Legislador (DIDIER JR. [org.] 2009, p. 473).

Sua razão de existência advém da necessidade prática de validar outros elementos que gravitam às decisões, tais como a homenagem ao princípio da segurança jurídica, da preservação da boa-fé objetiva, da confiança na administração, da moralidade administrativa, como também interesses outros de relevante valor social, do princípio da proporcionalidade, razoabilidade, dentre outros.

Sendo então, um meio de julgamento ao qual é dado uma roupagem partitiva, fragmentada dos efeitos propagados pelo novo provimento judicial. Ao passo que, os tradicionais efeitos retroativos, da sua abrangência geral (*erga omnis*) e vinculantes podem ser manejados, e, por outros interesses manipulados (*op. Cit.* 479).

Tem, portanto, como elemento significativo viabilizar que a manifestação jurídica atinja os fins almejados por meio do instrumento da flexibilização da tradicional teoria da nulidade da norma em conflito com a Constituição.

Pois, ao se permitir que seja deferida validade, eficácia aos comandos legais, mesmo que sob uma parcialidade, o legislador possibilitou que a jurisdição realize seu mister de forma mais adequada, conforme suas interpretações e que seus efeitos sejam mais admissíveis à realidade social. Logo, em contribuição à pacificação social.

Essa técnica consiste, como já de início fora dito, em termos práticos, na possibilidade de compatibilização entre polos opostos de elementos intrínsecos da Ciência Jurídica. Funcionando, então, como uma verdadeira interface entre interesses legítimos e antagônicos, quais sejam: a insofismável mutação jurídica (leia-se da sua Interpretação [como exposta nos capítulos 2 e 3]) e a previsibilidade dos comportamentos sociais aceitáveis e desejados pelo Ordenamento Jurídico, que se evidenciam aqui na noção de segurança jurídica posta nos julgados (como discorrido no capítulo 4).

Elementos estes, que por sua não prescindibilidade, precisam ser reconhecidos pelo julgador no concernente as suas características e consequências no trato da matéria jurídica, bem como no corpo social, ao mote de influenciadores das relações intersubjetivas em sociedade.

Tem como requisitos: (formais) a necessidade de dois terços dos votos dos membros do STF; (subjetivos), mais a existências de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social. O primeiro dá-se com o no mínimo 8 (oito) votos, pois esses temas precisam ser votados pelo pleno (reserva de plenário), cuja composição é de 11 (onze) Ministros, quanto aos subjetivos, estes é que são, a bem da verdade, os maiores justificadores. São suas razões que, nas mais diversas facetas, legitimarão a modulação, as quais, antes do advento da lei das ADIs, foram albergadas na segurança jurídica, relevante interesse social, e boa-fé.

Tem aplicação inequívoca no controle de natureza concentrada e, também, no de natureza difusa (paradigma RE 197.917, rel. Maurício Corrêa, 25.03.2004). Logo, apesar da resistência quanto ao difuso, pode ser manejada nas seguintes espécies de ações, segundo substancial doutrina, com suporte em jurisprudência e leis:

Ação Direta de Inconstitucionalidade; Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão; Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental; Ação Declaratória de Constitucionalidade; Ação Interventiva; em casos de lacuna normativa (parte da doutrina)⁵⁷; Súmulas do STF, inclusive, estas, até mesmo as anteriores à EC/45, desde que atenda aos requisitos do art. 27 da lei das ADIs.

Admite-se, também, esta técnica ser deferida em sede de cautelares bem como, repita-se, em controle de constitucionalidade realizado pelos tribunais de justiça estaduais, no âmbito de suas competências; exemplificando um julgado da lavra do Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul, segundo Barroso (*apud*, DIDIER JR. *op. Cit.* 475).

A outro giro, tem sido excluído desta possibilidade manipulativa o direito pré-constitucional “por ser um exame de recepção e não de constitucionalidade (...) pertinente ao campo do direito intertemporal” em face da Constituição vigente (PAULO; ALEXANDRINO. *op. Cit.* p. 867).

⁵⁷ Falando dos efeitos prospectivos, TAVARES (2005, p. 266) aduz “esse tipo de adiantamento permitiria ao Legislador editar uma lei adequada constitucionalmente e **evitar a lacuna** e eventuais efeitos indesejáveis dela decorrente. (Grifei)

Logo, diante das informações supras, importante esclarecer alguns elementos (efeitos) das decisões do controle de constitucionalidade, posto que têm substancial reflexo na conformação da modulação, em simetria às teorias da nulidade/anulabilidade dos atos e leis tidos por inconstitucionais. Tradicionalmente, são estes os efeitos da inconstitucionalidade dos atos e leis:

No concentrado, são retroativos (*ex tunc*), atinge a todos (*erga omnis*), e vinculantes. No primeiro, em razão da adoção majoritária da teoria das nulidades, atinge, inclusive, a coisa julgada; o segundo em razão de que a decisão versa sobre uma lei em si, e não num contexto de um caso específico, a análise é tida em abstrato; por isso, a todos vincula e não só as partes integrantes, independentemente de atuação do Senado Federal, por derradeiro, seu efeito é vinculante.

Porém, há exceções na matéria, quando da vinculação: o STF tem respondido pela liberdade do mesmo, Zeno Veloso assim também comunga (1997, p. 283-284); estando também o Poder Legislativo desvinculado conforme os Informativos de Jurisprudência de n. 377 3 386 da Excelsa Corte, em sentido contrário Alexandre de Moraes (*apud*, DIDIER. *op. Cit.* p. 479, nota de rodapé 261).

Neste sentido excludente de vinculação, esclarecedora a passagem

Ressaltou-se que entender de forma contrária afetaria a relação de equilíbrio entre o tribunal constitucional e o legislador, reduzindo o último a papel subordinado perante o poder incontrolável do primeiro, acarretando prejuízo do espaço democrático-representativo da legitimidade política do órgão legislativo, bem como criando mais um fator de resistência a produzir o inaceitável fenômeno da chamada fossilização da Constituição. (BRASIL. STF. Repertório de Jurisprudência. RCL 2617 AgR/MG, Trib. Pleno do STF, rel. Min. Cezar Peluso. J. 23.02.2005, DJ 20.05.2005, p. 7)

Pode o Legislativo, então, editar nova lei “com conteúdo idêntico à que fora invalidada ou revogar a norma reputada constitucional, pondo em seu lugar uma outra” (*op. Cit.* p. 478). Não se prefigura o STF como um legislador supralegal, mas sim, um tribunal que ao desempenhar suas funções de natureza estruturante, contribui para a organicidade do sistema normativo o “racionalizando”⁵⁸. Daí que o Legislativo, apenas no exercício de suas funções atípicas, mostra-se subjugado à interpretação do STF, e, contrariamente, na função típica – legislar – tem ampla liberdade.

⁵⁸ Para uma melhor catalogação das funções dos Tribunais Constitucionais, vide a obra de André de Ramos Tavares, *Teoria da Justiça Constitucional*, especificamente nos capítulos VII ao XIII, às páginas 161-368 (2005).

Já para a Administração Pública, direta e indireta em todos os seus níveis, e para o Poder Judiciário, a própria lei das ADIs, parágrafo único art. 28, previu a submissão dos seus órgãos, quando das espécies de: interpretação conforme a constituição e da declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto. Posteriormente, por força da EC/45, a nova redação do art. 102, §2º da CF/88, endossou essa diretriz, submetendo-os às demais espécies.

Assim, os agentes públicos (de todos os três Poderes) também estão vinculados, não só ao contido na parte dispositiva dos decísios, mas também naquilo que ficou recorrido na fundamentação, ao fenômeno da “transcendência dos motivos determinantes”.

Outro aspecto concerne à coisa julgada, pois: os efeitos nulificantes atingirão apenas “os atos ainda passíveis de serem rescindindo”. Isso porque “a decisão do STF apenas criará condições para que a parte prejudicada intente, na via adequada, o desfazimento dessa coisa julgada”. À razão de que seus efeitos não se autoaplicaram, sendo necessário que os interessados, prejudicados pela norma inconstitucional, promovam as medidas adequadas e, caso durmam, perderão esta faculdade. (PAULO; ALEXANDRINO. 9 ed. *op. Cit.*, p. 869).

A retroação atingirá a coisa julgada material ao abrigo da busca da verdade real em adição à dignidade do ser humano⁵⁹.

Particularmente a este efeito, têm-lhe sido dados à doutrina e à jurisprudência contornos mais atentos. Sedimentou-se a noção de que estaria ela protegida até a data de 11 de abril de 2000, não podendo ser a coisa julgada obstada, por exemplo, nas ações que tenham a finalidade de excepcionar uma execução, que por ventura tenha por base fundamento declarado inconstitucional. “Sob pena de afronta à garantia da irretroatividade da lei [art. 5º, XXXVI, da CF] (DIDIER JR. *Ob. Cit.* 483).

Já quanto ao sistema difuso, seus efeitos são, tradicionalmente, os seguintes: efeitos retrocedentes (*ex tunc*); só vincula as partes do processo, ou seja, é *inter partes*, daí, como consequência, a coisa julgada é adstrita a essas mesmas partes. A contrário senso, não atinge a coisa julgada.

Tem efeitos retroativos, pelo fato da majoritária adoção da teoria da nulidade dos atos e leis inconstitucionais; por ter como base um caso específico, caso particular, concreto, a análise dar-se-á em razão deste caso e seus contornos; o ato/lei

⁵⁹ Sobre o tema em contexto da sua proteção internacional, vide a obra de Flávia Piovesan, Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. – 14 ed., ver. e atual. –São Paulo : Saraiva, 2013.

contestado será particularmente aferido em contraste à constituição, sendo assim, o provimento jurisdicional, portanto, será adstrito aos seus termos. Não atingirá terceiros, que não apenas, os que participaram da “lide”. Até porque, não fora deferida a (in)constitucionalidade geral (em abstrato) da lei; mas sim, exclusivamente, sua incidência no caso em baila.

Entretanto, o Senado Federal, por força do art. 52, X da CF/88, após deliberação conclusiva do STF, pode suspender os efeitos da lei declarada inconstitucional, o que tem por consequência a transmutação dos efeitos *inter partes* em *erga omnis*, passando a fazer, portanto, coisa julga também para todos, indistintamente. Contudo, esta abrangência não retroage a ponto de nulificar, para estes, seus negócios jurídicos. Sua eficácia é prospectiva, *ex nunc*. Nem tampouco pode o Senado mitigar a suspensão da norma; tem que se manter aos termos da decisão, sem alterar sua amplitude ou restringi-la, nem a modular. Sua deliberação é de natureza política, exercida de forma facultativa, por critérios de oportunidade e conveniência. Não há, portanto, obrigatoriedade da produção da Resolução, seu ato consubstanciador. Entretanto, uma vez feita, não poderá ser desfeita. Mas, pode ser contestada via judicial.

Exceto, quando se trata de Administração Pública, as decisões em controle incidental têm caráter retrooperastes, por imposição do Dec. lei n. 2.346/1997, §1º do art. 1º, de 10 de outubro de 1997.

Como dito, passível de neste sistema a concessão de medidas cautelares e, excepcionalmente, cabível à modulação. O STF, por julgado de RE, discutido no Informativo 463, legitimara esta técnica partitiva. Com grande suporte no princípio da proporcionalidade e ponderação.

Outro meio viável de se conferir vínculo externo é por intermédio da consolidação de entendimentos interpretativos sintetizados em súmulas vinculantes.

A partir da qual seus dizeres passarão a vincular a Administração, direta e indireta, em todas as instâncias; inclusive terá o condão de influenciar o Legislativo; bem como, o próprio judiciário, que, nas instâncias inferiores, estarão adstritas àquelas interpretações, exceto, por evidente, o Supremo que, poderá afastar-se das mesmas. Como garantia desse vínculo, possível a Reclamação Constitucional, proposta ao tribunal maior, quando haja descumprimento das suas súmulas.

Outro ponto importante da Manipulação dos efeitos da sentença consiste, justamente, em saber, em que momento poderá ela ser exigível, noutros termos, em

que instante passará a valer. Com base na Jurisprudência do STF, depreendem-se os presentes caminhos: (a) modulação intermitente, cujos efeitos retroagem até determinado momento, compreendido entre a edição do ato e a decisão final; (b) modulação *ex tunc*, os efeitos se darão após o julgamento final ou o trânsito em julgado da decisão; (c) modulação pro futuro, o STF estabelece para o futuro um termo inicial, a partir do qual a decisão passará a produzir efeitos e (d) restrição material, constitui em ressalvas na retroatividade de alguns aspectos pontuais da decisão.

Agora, outra importante consequência que gravita a matéria é saber: o que acontece com a supressão das leis que foram extirpadas, alteradas pelos dispositivos, posteriormente, tidos em fricção com a Lei Maior?

A repristinação é atuante também no controle de constitucionalidade, mas nada obsta que, por disposição expressa, o colegiado delibere de maneira diferente. Podendo, inclusive, modular este fenômeno. Tudo por bem de uma adequada e justa entrega da função jurisdicional. Mas faz-se necessário que exista pedido expresse para tal e que seu deferimento esteja manifestamente dito nas decisões, não se admitindo qualquer interpretação elastecida quando de seu deferimento

5.5 Interface entre polos opostos

A conflituosa convivência humana em sociedade traz no seu âmago as contradições inerentes dos seus desejos. Quer-se dizer em breves palavras que, muito que se tente “a paz perpétua”⁶⁰, ou seja, uma pacificação da raça humana, o conflito far-se-á sempre presente.

⁶⁰ “A Paz Perpétua – um projeto filosófico” é uma construção idealizada por Emmanuel Kant, principal representante do Iluminismo alemão, cuja contribuição de muito serviu e serve ao desenvolvimento das ciências. Para tanto, segundo Norberto Bobbio “a teoria do filósofo alemão sobre a paz perpétua está fundada em quatro pontos principais, a saber: 1) Os Estados nas suas relações externas vivem ainda num estado não jurídico (seria melhor dizer num estado jurídico provisório, como se lê na p. 541); 2) o estado de natureza é um estado de guerra e portanto um estado injusto (da mesma maneira como é injusto o estado de natureza entre os indivíduos); 3) sendo esse estado injusto, os Estados têm o dever de sair do mesmo e fundar uma federação de Estados, segundo a idéia de um contrato social originário, ou seja, “uma união dos povos por meio da qual eles sejam obrigados a não se intrometer nos problemas internos uns dos outros, mas a proteger-se contra os assaltos de um inimigo externo”; 4) essa federação não institui um poder soberano, ou seja, não dá origem a um Estado acima dos outros Estados, ou superestado, mas assume a figura de uma associação, na qual os componentes permanecem num nível de colaboração entre iguais (*societas aequalium*), como se dos dois contratos que, segundo a doutrina tradicional do jusnaturalismo, eram necessários para a formação do Estado, o *pactum societatis* e o *pactum subiectionis*, tivesse que ser efetivado, para resolver os conflitos entre os Estados, somente o primeiro e de forma alguma o segundo” (BOBBIO, 1995, p. 159-160). DOMINGUES, Renato Valladares. Breves considerações sobre o sistema de paz perpétua de Emmanuel Kant. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/24799/breves->

São da sua própria natureza estas contradições. Cada ser tem sua própria compreensão de mundo e de si. Sendo que, com a institucionalização da força, o “monopólio do constrangimento físico legítimo”⁶¹ ficou nas mãos do Estado. O qual por intermédio dos seus Poderes o instrumentaliza e aplica.

Coube ao Judiciário apalavrar por último a norma a ser seguida, qual a conduta a ser implementada pelas partes integrantes do conflito e que estejam sob sua Jurisdição. Tarefa esta das mais difíceis, visto a miríade de fatores que interferem na sua realização. Dentre os quais, alguns foram explanados nos tópicos supras. Desde os que versam sobre elementos, *a priori*, externos ao direito como os que se entrelaçam com a presente disciplina de forma específica.

De tudo isso, é de se concluir que o Ordenamento Jurídico, melhor dizendo, o legislador e o julgador sempre terão a difícil missão de contrabalancear aspirações das mais diversas e quase sempre contraditórias. E que, ao implementarem suas funções, uma especial sensibilidade ser-lhes-á indispensável.

É preciso admitir que a Ciência Jurídica, por ser um construído humano, passa a comportar contradições intrínsecas, fruto, indubitavelmente, da própria contradição do seu ser criador. E que sua faceta necessita mudar ao longo do tempo e espaço a fim de realizar suas finalidades.

Finalidades estas que terão de percorrer os meandros e, não raro, contorná-los e superá-los, tais como a configuração do seu objeto, quais suas finalidades, seus métodos, seus pressupostos práticos, filosóficos, epistêmicos dentre tantos outros.

Neste sentido, diante da inegável dicotomia humana – o surgimento deste meio – técnica aditiva às decisões jurídicas especialmente aplicáveis nas de verificação de compatibilidade das leis à Constituição, manejar a relativização da nulidade é de salutar artifício.

[consideracoes-sobre-o-sistema-de-paz-perpetua-de-immanuel-kant](#)> Acessado em: 09 de maio de 2018, às 01h45 min.

⁶¹ Essa sentença faz parte das conclusões do pensador Max Weber, que dentre os vários temas por ele trabalhados, a incluíra na sua Sociologia Política, especificamente na produção de título: “A política como vocação”.

6. CONCLUSÃO

6.1 Sua validade como elemento de compatibilização de interesses.

Após compreensão de alguns dos elementos compositivos da Ciência do Direito e algumas das suas características, seus pressupostos e fins objetivados, ao término da presente redação, resta reiterar que: na busca de uma maior legitimidade normativo-legal, evolução, assimilação e criação de artifícios novos não só são bem-vindos como indispensáveis à evolução da presente seara. Que no bojo dessas suas particularidades, o elastecimento do rol dos intérpretes jurídicos⁶², em face das atuais condições comunicacionais⁶³, tem muito a contribuir para o engrandecimento do direito. Mas que, muito embora seu maior acesso por motivos de ordem técnico-prático-linguística, a cognição da presente matéria tem sido um fator de complicado atingimento.

Foi justamente nesta perspectiva de incompreensão e – que se julga aqui válida e de necessária resolução – do inconformismo dos novos intérpretes do direito que fizera surgir o tema ora proposto. Pois é de se admitir que a existência de uma dada diretriz judicial faça introjetar na comunidade a sua validade e estabilidade e, por óbvio, que sua mudança não esteja no horizonte próximo.

E isso é por demais aceitável quando se põe em tese a noção de que o direito tem por uma das suas mais caras finalidades a noção de previsibilidade dos atos/fatos sociais.

Mas que, como demonstrado outrora, as mudanças impõem-se em muitos casos como algo inevitável e que a cognição dos seus elementos justificadores nem sempre

⁶² Como dito: cada vez mais o conteúdo jurisdicional, especificamente suas decisões, tem chegado ao maior número de pessoas, o que tem ampliado o espectro de discussão social dos seus temas. E nesta senda, pode-se citar, aqui, as recentes decisões da nossa Suprema Corte, principalmente, em casos envolvendo figuras públicas na tão falada operação “lava jato”. Quanto ao tema, como teoria útil a instrumentalizar essa amplitude de Intérpretes, Peter Habermas tem uma festejada obra, inclusive, algumas de suas propostas já vem sendo implementadas, tais como, a título de exemplo, a doação, com maior expediente, das Audiências Públicas e o *Amicus Curiae*. Em que terceiros colaboram com o deslinde da lide (HÄBERLE, Peter. 1997).

⁶³ Sempre preciso ter em mente que na atualidade a informação, pela facilidade de acesso e divulgação, passou a ganhar contornos e potencialidades nunca registrados. Daí que na “Era da Informação”, a noção de verdade passou a ser, em muitos casos, confundida com a sua receptividade por parte dos seus destinatários, onde em que, via de regra, seus fundamentos não são verificados. É o fenômeno que se batizou da “Pós-verdade”, que tem, também, importantes implicações no Universo Jurídico.

é levada à assimilação pela comunidade jurídica e, quiçá, com muito mais compreensão, aos novos intérpretes da ciência jurídica.

A qual seja por motivos de ordem social, histórica, política e linguística, a presente seara do saber humano exige a implementação de artifícios que lhe deem funcionalidade e legitimidade e, muito mais, que sua imperatividade não se albergue na máxima sancionatória e, sim, na aceitação, cognição dos seus fundamentos.

Que a variabilidade da realidade social possa ser devidamente equacionada pelas instituições, não só com os predicados aqui defendidos nos casos de “fácil solução”, em que a mera utilização do repertório legal seja suficiente, ou seja, por meio do método da “subsunção dos fatos a norma”, mas com muito mais necessidade que na constância dos “casos difíceis” a sua decisão venha a ser entendida, como consequência, a necessária legitimação surja.

Para tanto, principalmente, enfatize-se: nos casos de difícil solução uma boa argumentação é elemento imperativo, que, dentre outros artifícios aqui propostos, o estudo da linguagem mostra-se de salutar validade.

Bem como e, paradoxalmente, diante da ambiguidade da existência humana e das suas criações, a Técnica da Modulação dos Efeitos da Decisão tem mostrado significativa utilidade como artifício de compatibilização de interesses que se repelem.

Pois, além de possibilitar a insofismável mutação do Direito, tem por possível albergar outros interesses, tais como a proteção de expectativas legítimas geradas na comunidade dos jurisdicionados. Assim como, acaba por reconhecer, mesmo que de modo subliminar, a imprecisão do momento em que o estado das coisas mudou ao ponto de justificar a mudança da interpretação.

O que vem a reafirmar a necessidade de sempre se expressar: que o direito não pode ser um fim em si mesmo, mas sim um instrumento à disposição do Homem. Não pode esta Ciência, no afã da preservação de qual teoria for, justificar e produzir injustiças tão reiteradas. Como, por exemplo, o desfazimento de inúmeros e consolidados efeitos jurídicos que de boa-fé foram aceitos e validados, principalmente, pelos cidadãos. O direito nunca foi e nem será – é o que sinceramente se espera – uma terra onde o comportamento contraditório seja albergado⁶⁴. Seja quem o tenha realizado, deverá receber o devido tratamento. Inclusive, o próprio Judiciário.

⁶⁴ Para efeitos de conhecimento da rechaça feita pelo Ordenamento Jurídico, em face de comportamentos contraditórios, vide a doutrina de Daniel Amorim Assumpção Neves ao elencar as bases dos Princípios da boa-fé e lealdade processual, em sede do Novo Código de Processo Civil (lei

Se a uma regra (norma ou princípio) o Ordenamento Jurídico vem lhe deferindo validade, seja com suporte na sua inerente presunção de legalidade/validade ou, até mesmo, com amparo em decisões judiciais, nada mais consentâneo que seus efeitos sejam minimamente preservados quando ponderados com outros valores.

E esta preservação tem grande validade de ser, quando se esteja a ponderar o valor da Segurança Jurídica, em adição à da legítima expectativa da manutenção destas mesmas orientações, principalmente – sempre bom enfatizar – nos casos de difícil resolução, os tão controversos “casos difíceis”.

Em que, por múltiplas razões, como explanadas nos capítulos anteriores, diante deste quadro: da necessidade da resolução dos conflitos – por evolução da interpretação em contraste com a sua segurança – nada mais legítimo que, mediante a proteção das expectativas dos novos intérpretes, os efeitos já consolidados sejam, na medida do possível, convalidados.

Os quais serão bem operacionalizados, mediante a utilização da técnica da modulação dos efeitos da sentença, ao abrigo da relativização da teoria tradicional das nulidades. Ao fundamento maior: da Pacificação Social.

nº. 13.105, de 16 de março de 2015), cujos muitos sintetizam valores de a muito consolidados, como de origem Romana, por exemplo: *Supressio, surrectio, tu quoque, exceptio doli, venire contra factum proprium*, e etc. (2017, 9ª ed. p. 207-214)

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado. – 20ª ed. revista e atualizada.** – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012.

ALVES PY BRAGA, Fabiana. **Modulação dos efeitos da sentença.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 119, dez 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14019>. Acesso em 21 jul 2018.).

ARENDT, Hannah. **A condição Humana.**; tradução Roberto Raposo; revisão técnica e apresentação Adriano Corrêa. – 13 ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.

_____. **As origens do totalitarismo:** antissemitismo, imperialismo e totalitarismo.; Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida.** Tradução de Plínio Dentzien. – 1ª ed. – Rio de Janeiro: Zahar Editor, 2010.

BARRETO, Tobias, **Estudos de Direito- I**, Rio de Janeiro: J. E. Solomon; Sergipe: Editora Diário Oficial, 2012, pp. 49-55. Organização de Luiz Antonio Barreto.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de aplicação.** Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: < http://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf> , acessado em: 09 de julho de 2018, às 18:23 min.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas.** 7 ed. – Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2003; 8 ed. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2006.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Modulação dos efeitos de decisão que altera jurisprudência consolidada. Quorum de deliberação.** In: Revista Consultor Jurídico, outubro de

2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/pdf/parecer_barroso_confins.pdf>
Acesso em: 11 de out. de 2016.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** – 2 ed. – São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant.** 3ª edição. Trad. Alfredo Fait. Brasília: Editora UNB, 1995.

_____. **Teoria do Ordenamento Jurídico.**; tradução de Maria Celeste C. J. Santos. - 10. ed. - Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo nº 709.212 – Distrito Federal. Relator: Ministro Gilmar Mendes.** Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 13 novembro 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp> > Acessado em 07 de maio de 2018, às 15h10 min.

_____. **Recurso Extraordinário. RE 852475/SP, Rel. orig. Min. Alexandre de Moraes, Rel. para acórdão Min. Edson Fachin.** Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 08 de agosto de 2018. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2018/08/prescricao-se-um-direito-eviolado-o.html#more>> Acessado em 11 de setembro de 2018, às 20:16 min.

CAPPELLETTI, Mauro. **Judicial review in the contemporary world.** Indianapolis: The Bobbs-Merrill Company, 1971. 117 p.

CASTRO, Flávia Lages de. **História do direito geral e Brasil.** 4º Ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática.** 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador, BA: JusPODIVM, 2010 360 p.

DARWIN, Charles. **A origem das espécies:** através da seleção natural ou a preservação das raças favorecidas na luta pela sobrevivência. Tradução Ana Afonso. Portugal: PlanetaVivo, 2009. (Coleção Planeta Darwin v. I).

DESCARTES, René. **Discurso do método:** Meditações; Objeções e respostas; As paixões da alma; Cartas. Tradução de J. Guinsburg e Bento Prado Júnior. 2. Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

Dicionário Online de Português. Disponível em: < <https://www.dicio.com.br/senso-comum/>> Acessado em: 12 de julho de 2018, às 22:21min.

DOMINGUES, Renato Valladares. **Breves considerações sobre o sistema de paz perpétua de Immanuel Kant.** Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/24799/breves-consideracoes-sobre-o-sistema-de-paz-perpetua-de-immanuel-kant>> Acessado em: 09 de maio de 2018, às 01h 45 min.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ECO, Umberto.; MARTINI, Carlo Maria. **Em que crêem os que não crêem?** Editora Record, 2006.)

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.** 3ª ed. - São Paulo: Atlas, 2001.

FERREIRA, Olavo A. V. Alves. **Controle de constitucionalidade e seus efeitos.** 2ª ed. São Paulo: Editora Método, 2005.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **STF decide sobre o prazo prescricional do FGTS.** Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI211259,31047-STF+decide+sobre+o+prazo+prescricional+do+FGTS>> Acessado em: 13 de out. de 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 3: Contratos e Atos Unilaterais. – 9ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Constituição para e Procedimental da Constituição**; Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. - Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997.

HARARI, Yuval Noah. **Sapiens: uma breve história da humanidade**; Tradução Janaína Marcoantonio. – 24ª ed. – Porto Alegre, RS: L&PM, 2017.

_____. **Homo Deus: uma breve história do amanhã**; Tradução Paulo Geiger. – 1ª ed. – São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Caloute Gulbenkian, 1994.

JUNG, Carl G. [et al.]. **O homem e seus símbolos**. [concepção e organização Carl G. Jung]; Tradução de Maria Lúcia Pinho. – 2ª ed. – Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008.

KANT, Emmanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**.; tradução de Leopoldo Holzbach – São Paulo: Martin Claret, 2004.
_____. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Lisboa, Portugal: Edições 70, s.d. 179 p. (Textos filosóficos; 18)

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira, **Estabilidade das instituições e instabilidade na jurisprudência do STF**. In. Revista eletrônica Âmbito Jurídico. Rio Grande. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-20/observatorio-constitucional-estabilidade-instituicoes-instabilidade-jurisprudencia-stf>> Acessado em: 11 out. 2016.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, São Paulo: Martins Fontes, 2000a.

_____. **Jurisdição Constitucional**. Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003. 319 p.

LAURENCE, H. Tribe, **American constitutional**, Mineola – Nova York: The Foundation Press, 1988, p. 30.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil e Outros Escritos**: Ensaio sobre a Origem, os Limites e os Fins Verdadeiros do Governo Civil. Tradução Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994.

_____. **Ensaio acerca do entendimento humano**. Rio de Janeiro: Nova Cultura Editora, 1999.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LORENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3ª ed. –Lisboa, 1997.

_____. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/ciencia/>>. Acessado em: 26 de abril de 2017, às 23h59 min.

LUHMANN, Niklas, **La sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2007.

MAMEDE, Mateus Lúcio, **A técnica de modulação de efeitos e sua compatibilidade com o sistema difuso-concreto**. Disponível em: In. Revista eletrônica Âmbito Jurídico, Rio Grande. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10265> Acessado em: 11 out. 2016.

MARCÍLIO, Carlos Flávio Venâncio. **Limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Prescrição do FGTS para o empregado**. In. *Repertório IOB de Jurisprudência*. Trabalhista e Previdenciário. 13/99.

MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

MELO, Fábio de.; KARNAL, Leandro. **Crer ou não crer**: uma conversa sem rodeios entre um historiador ateu e um padre católico. 2ª ed. – São Paulo: Planeta, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira.; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8º ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisprudência Constitucional**, 1998.

MICKLETHWAIT, John.; WOOLDRIDGE, Adrian. **A quarta Revolução**: a corrida global para reinventar o Estado; Tradução Afonso Celso da Cunha Serra. – 1ª ed. – São Paulo: Portifólio-Penguin, 2015. 295 p.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Sécondant. **De l'esprit des lois**. Introdução e notas: Gonzague Truc. Paris: Garnier Frères, 1949. T. I.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. Editora: Jurídico Atlas, 22 ed. 2007.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil- Volume Único**. 9ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. 1808 p.)

OLIVEIRA, Flávio Beicker Barbosa de. **O Supremo tribunal Federal e a dimensão temporal de suas decisões: a modulação de efeitos em vista do princípio da nulidade dos atos normativos inconstitucionais**. Monografia – São Paulo: SBDP, 2008. p.51-5. Disponível em: [HTTP:// www.sbdp.org.br](http://www.sbdp.org.br). Acesso em: 08/08/2013.

OLIVEIRA, Márcia Lima Santos. **Modulação dos efeitos temporais no controle de constitucionalidade difuso**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 99, abr de 2012. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11521. Acesso em jul 2018.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade**. 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 173.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 9. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, São Paulo, SP: Método, 2012. 1081 p.

PEROSA, Teresa. **O império da pós-verdade**: É da natureza humana recusar fatos que contrariam nossa visão de mundo. A desconfiança geral em relação às instituições piora nossa capacidade de distinguir mentiras de verdades. Revista Eletrônica: Época, Publicado em: 25/04/2017 - 18h26 - Atualizado 26/04/2017 14h04, Disponível em: <http://epoca.globo.com/mundo/noticia/2017/04/o-imperio-da-pos-verdade.html> Acessado em: 18 de outubro de 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. Prefácio de Henry Steiner e Apresentação de Antônio Augusto Cançado Trindade. 14 ed. ver. e atual., -- São Paulo : Saraiva, 2013.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5ª ed., - São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Lições preliminares de direito**. 27 ed., ajustada ao novo código civil. – São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Direito Constitucional Descomplicado**. 9 ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012.

Revista dos Tribunais – **cadernos de direito constitucional e ciência política**, 1:314, Resp. 1.147/DF, Rel. Min. Moreira Alves.

SARMENTO, Daniel. **Eficácia temporal do controle de constitucionalidade das leis**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 212, p. 27-40, mar. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47163/45632>>. Acesso em: 13 Out. 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34^o ed. – São Paulo: Malheiros, 2010.

SOTO, Maria del Carmen Blasco. **La sentencia en la cuestion de inconstitucionalidade**. Barcelona: José Maria Bosch Editora, 1995. 390 p.

STRCHINER, Noel. **Para Falar de Regras: O positivismo Conceitua como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito** / Noel Struchiner; Danilo Marcondes de Souza Filho. – Rio de Janeiro: PUC - Rio, Departamento de Filosofia, 2005. 191f.; 30 cm. Disponível em: <http://www.philosophy.pro.br/penso_existo.htm> Acessado em: 05 de Agosto de 2017.

TAVARES, André de Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. – São Paulo: Saraiva, 2005, 633 p.

VELOSO, Zeno. **Condição, termo e encargo**. São Paulo – Malheiros, 1997.

WEBER, Max. **Ciência e política: duas vocações**. São Paulo: Martin Claret, 2001. 127 p. (A obra-prima de cada autor).